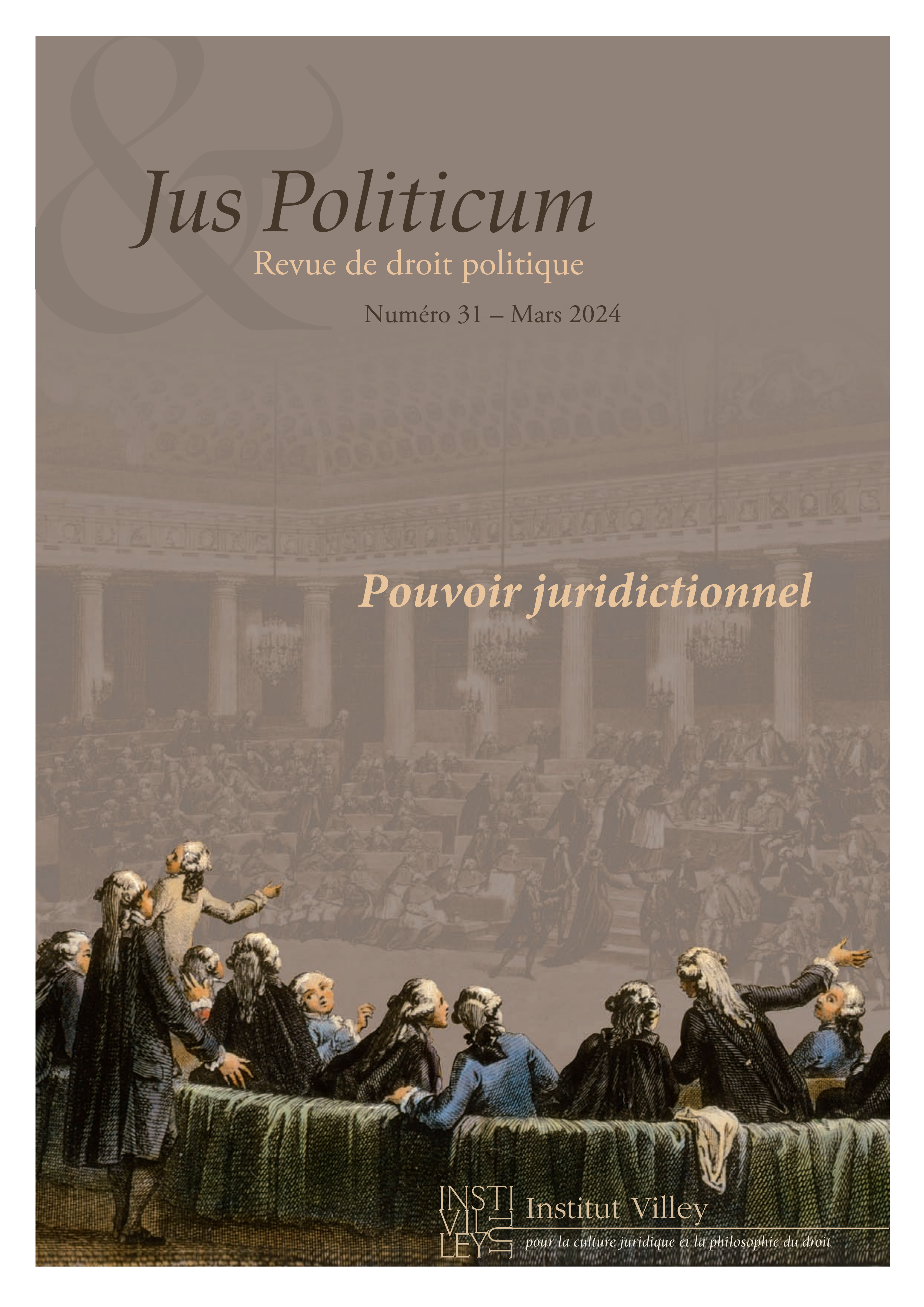


Jus Politicum
Revue de droit politique
Numéro 31 – Mars 2024
Pouvoir juridictionnel
INSTI VIL LEY
Institut Villey
pour la culture juridique et la philosophie du droit

Édouard Delruelle

Constitution matérielle et constitution mixte

Du pouvoir constituant aux corps intermédiaires

I. Introduction : constitution matérielle, constitutionnalisme et normativisme

Depuis quelques années, le concept de « constitution matérielle » fait l'objet d'un réinvestissement remarquable en théorie du droit[1]. Le concept est mobilisé par une nouvelle génération de juristes dans une intention ouvertement critique à l'égard des deux paradigmes hégémoniques que sont le constitutionnalisme et le normativisme – le premier dont le principe fondateur est la soumission du pouvoir politique au droit[2], le second qui a érigé en postulat intangible l'assimilation de la constitution à un agencement formel de normes. La question de la démocratie est au cœur de cette critique. En effet, ni le constitutionnalisme ni le normativisme n'apparaissent capables d'affronter la crise dans laquelle elle est plongée, ni même de décrire conceptuellement cette crise. Avec la « constitution matérielle », ces théoriciens proposent dès lors de déplacer le regard de la sphère des institutions « formelles » de l'État de droit et du gouvernement représentatif, jadis garantes exclusives du bon fonctionnement de tout ordre constitutionnel, vers « les relations matérielles qui conditionnent l'émergence et le développement d'un ordre constitutionnel, ainsi que les transformations de ces relations qui entraînent la suspension ou la modification des normes constitutionnelles formelles[3] ».

Ce déplacement permet en effet de saisir un certain nombre de dynamiques matérielles qui affectent nos sociétés depuis quelques décennies. Première dynamique : du 11 septembre à la pandémie du Covid et à la crise des migrants en Méditerranée, les recours à l'état d'urgence et à l'état d'exception se sont multipliés, au point que ceux-ci sont devenus des modes de gouvernementalité quasi ordinaires qui sapent les principes les plus élémentaires du constitutionnalisme, tout en étant cyniquement justifiés par les gouvernements au

[1] Outre les travaux de Marco Goldoni, qui seront largement discutés ici, en particulier l'article séminal corédigé avec Michael Wilkinson (M. Goldoni, M. Wilkinson, « The Material Constitution », *Law/Society/Economy*, 20/2016) ; on relèvera plusieurs publications collectives notables : C. Jouin (dir.), *La constitution matérielle de l'Europe*, Paris, Éditions A. Pedone, 2019 ; M. Goldoni, M. Wilkinson (dir.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023 ; G. Preterossi (dir.), « La costituzione materiale », *Filosofia politica* (1/2023) [En ligne : https://www.rivisteweb.it/doi/10.1416/106667].

[2] D. Grimm, « Constitutionnalisme : passé – présent – futur », in *Nomos,* 2018.

[3] M. Goldoni, M. Wilkinson, « The Material Constitution », art. cité, p. 3.

nom de la « démocratie » et des « droits de l'homme[4] ». Deuxième dynamique : depuis les années 1980, les équilibres sociaux scellés dans les institutions de l'État social ont été méthodiquement démantelés par les politiques dites « néolibérales » de dérégulation et de privatisation de l'économie. Or la base normative de ces politiques n'est autre que l'idée de « constitution économique » – promue dès l'époque de Weimar par l'ordo-libéralisme allemand (Röpke, Böhm, etc.), avant d'être assimilée par le néolibéralisme anglo-saxon (Hayek, Friedman, etc.[5]), et dont le principe fondamental est que l'organisation juridique des rapports de production, d'échange et de propriété ne peut relever de l'autonomie du corps politique, mais doit être régie par des principes prétendument naturels (les « lois du marché ») qu'il faut pouvoir opposer, si nécessaire, à la volonté démocratique[6]. Ce qu'on appelle la « globalisation » peut ainsi être vue comme un processus de constitutionnalisation desdites lois du marché à deux niveaux, l'un interne aux ordres juridiques étatiques, et l'autre qui les lie à travers une panoplie de traités ou d'accords internationaux (tel le « consensus de Washington »). Ce double processus se révèle à l'état chimiquement pur dans une troisième dynamique matérielle : la construction européenne. Comme le suggère Céline Jouin à la suite d'Étienne Balibar[7], si l'Union européenne a échoué à se doter, en 2005, d'une constitution *formelle*, elle dispose bel et bien d'une constitution *matérielle* au sens d'un ensemble pluriel et dynamique d'institutions et de normes (traités, directives, arrêts de la Cour de Luxembourg, etc.) qui témoigne de ce que « le régime effectif de l'Europe excède largement son cadre formel[8] ». Ces dynamiques historiques révèlent en vérité toutes les trois que la logique *matérielle* profonde du constitutionnalisme n'est pas tant de protéger les droits fondamentaux des individus contre l'arbitraire de l'État, que d'immuniser le marché de toute interférence démocratique intempestive, par la voie autoritaire s'il le faut[9].

---

4 Sur la « saison des urgences (*stagione dell'emergenzialismo*) en lien avec la crise de la globalisation », voir G. PRETEROSSI , « Che cosa resta della costituzione materiale », in *Filosofia politica* (avril 2023).

5 Au sein d'une énorme littérature sur le sujet, rappelons, dans le seul champ français, la divergence cruciale entre ceux qui estiment que les doctrines ordo-libérales (Eucken, Röpke, Böhm) et néolibérales (Hayek, von Mises, Friedmann) participent d'une même rationalité irréductible au libéralisme classique (P. DARDOT, C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la nouvelle société néolibérale,* Paris, La découverte, 2009), et ceux pour qui elles sont intrinsèquement hétérogènes et plurielles (S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012).

6 On consultera l'impressionnante somme sous la direction de G. GRÉGOIRE, X. MINY, *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview,* Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2022.

7 Dans un texte de 2015, contemporain du *diktat* budgétaire imposé par l'Europe à la Grèce de Tsipras, E. Balibar convoquait le concept de « constitution matérielle » pour critiquer les propositions de Jürgen Habermas visant à doter l'Europe d'une constitution démocratique similaire à celle présente à l'intérieur des États. La proposition de Habermas, écrit Balibar, « jette une sorte de voile d'ignorance sur les conflits d'intérêts qui structurent la constitution matérielle de l'Europe actuelle et qui traversent les nations elles-mêmes ». Et d'ajouter : « nous n'avons pas seulement besoin d'un projet constitutionnel mais d'un moment constituant où les alternatives viennent au jour et s'affrontent comme telles dans la sphère publique » (É. BALIBAR, « Pseudo-fédéralisme et moment constituant », *Europe, crise et fin ?* Paris, Le Bord de l'Eau, 2016).

8 C. JOUIN (dir.), *La constitution matérielle de l'Europe*, *op. cit.*

9 M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

C'est aussi le normativisme qui, au prisme de ces dynamiques, révèle sa fragilité théorique. Dans une perspective kelsénienne, la constitution « au sens matériel » désigne « les normes qui se réfèrent aux organes les plus élevés de l'État, ainsi qu'aux rapports des sujets au pouvoir de l'État » (à titre principal : la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux), tandis que la constitution « au sens formel » « distingue les lois ordinaires des normes qui ne peuvent être créées ou modifiées que dans des conditions plus difficiles à remplir » (« Rule of Amendment »), et qui donnent ainsi à l'ensemble du montage constitutionnel sa forme de pyramide normative, elle-même certifiée par la fameuse « norme fondamentale » (*Grundnorm*[10]). Chez H. Kelsen, un ordre étatique conserve donc son identité aussi longtemps que les modifications de contenu sont autorisées par les chaînes de validité juridique jusqu'à ladite norme fondamentale. En termes kantiens, on dira qu'entre la constitution formelle et la constitution matérielle, le rapport est celui du transcendantal à l'empirique.

C'est ce que contestent les promoteurs d'une conception renouvelée et élargie de la constitution matérielle. Ils font remarquer que les dynamiques historiques évoquées plus haut affectent bel et bien l'identité même des ordres constitutionnels, du fait qu'elles éclatent et hybrident à la fois les niveaux de pouvoir (étatiques mais aussi supra-étatiques et trans-étatiques) et les sources de normativité (politiques mais aussi bureaucratiques ou financières) qui structurent ces ordres constitutionnels. D'où la proposition d'inverser la perspective kelsénienne, comme y invitait dès 1940 le concepteur originel de la « constitution au sens matériel », le juriste italien Costantino Mortati[11], pour qui « l'État ne tire pas de lui-même mais de la société les raisons politiques de son action et les forces qui garantissent la loyauté à leur égard[12] ». Impossible, comme le préconise H. Kelsen, de séparer ontologiquement faits et normes, volonté politique et ordre constitutionnel. Au contraire, poursuit Geminello Preterossi, « la constitution matérielle est à la fois un fait (qui atteste de l'existence d'un ordre juridique et en décrit la configuration sociale) et un projet normatif qui prescrit les fins fondamentales que les institutions politiques sont appelées à atteindre ». Entre les deux plans, la relation est dialectique : toute constitution est conditionnée par une « base sociale » qui, pour fonctionner comme aménagement constitutionnel, a besoin d'être activée par un noyau normatif composé d'« objectifs qui rétroagissent eux-mêmes sur cet

[10] Kelsen est cité ici par L. Vinx, « Hans Kelsen and the Material Constitution of Democracy », *International Journal of Legal and Political Thought*, vol. 12, 2021.

[11] C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè Editore, 1998 [1940]. En raison sans doute du soutien opportuniste de Mortati au régime fasciste, avant son ralliement à la Démocratie chrétienne et à la Constitution italienne de 1948 (dont il fut un des concepteurs), sa pensée fut longtemps négligée par les commentateurs. Elle fait maintenant l'objet d'un intérêt croissant, naturellement en Italie mais aussi dans le domaine anglo-saxon, plus discrètement en France. Voir P. Grossi, M. Galizia (dir.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffré, 1990 ; F. Lafaille, « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati. La "zone grise" du droit constitutionnel », in *Jus Politicum*, nº 7, 2012 ; L. Rubinelli, « Costantino Mortati and the idea of material constitution », *History of Political Thought*, 40, 2019, p. 515–546 ; M. Croce, M. Goldoni, *The Legacy of Pluralism, The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati,* Stanford, Stanford University Press, 2020 ; G. Bisogni, « L'actualité de la pensée de Costantino Mortati et la constitution matérielle de l'Union européenne », in C. Jouin (dir.), *La constitution matérielle de l'Europe, op. cit.*, p. 49-60 ; M. Gregorio, « La costituzione in senso materiale di Costantino Mortati », *Filosofia politica*, Fascicolo 1, aprile 2023.

[12] Cité par G. Preterossi, « Il plusvalore politico delle costituzione materiale », in *Filosofia politica* (1/2023), p. 3.

aménagement ». Une constitution matérielle est ainsi un ensemble de « tâches » que la communauté politique se donne à elle-même, et qui composent en même temps autant de « contraintes rigoureuses » pour les pouvoirs en place[13].

II. Deux conceptions de la constitution matérielle

Si le philosophe s'autorise à intervenir dans un domaine jusqu'ici réservé aux juristes, c'est pour interroger la *matérialité* même de cette dialectique entre factualité et normativité, mais aussi les facteurs qui rendent cette matérialité plus ou moins *démocratique*. C'est en partant de la proposition théorique la plus aboutie, celle de Marco Goldoni et de Michael Wilkinson, qu'on soulèvera ici la question de savoir en quoi consiste une constitution (matérielle) démocratique.

Dans leur article séminal, M. Goldoni et M. Wilkinson identifient quatre « *facteurs ordonnateurs* » (*ordering factors*) de toute constitution matérielle[14] :

1. Une certaine *unité politique*, c'est-à-dire une réalité spatio-temporelle (une population, un territoire) elle-même configurée dans une certaine forme de pouvoir (État-Nation, Empire, Cité-État, Église, etc.) ;
2. un *ensemble d'institutions* étatiques (parlement, gouvernement, pouvoir judicaire, administration, etc.) mais aussi non-étatiques (langue, familles, syndicats, églises, etc.) qui s'articulent entre elles de façon plus ou moins homogène – Goldoni et Wilkinson insistant sur le « caractère intrinsèquement pluriel » de toute communauté politique, contre l'intégration nationale-identitaire exigée (ou fantasmée) par un Carl Schmitt[15] ;
3. « les forces sociales » qui sont « le résultat d'une série de conflits sociaux, politiques et géopolitiques à travers lesquels se forgent des subjectivités collectives » – qu'il s'agisse de forces sociales organisées (partis, syndicats) ou de « groupes informels et de mouvements sociaux, voire de forces sociales anti-systémiques ou fauteuses de désordre (*disordering*)[16] ». Une constitution matérielle est donc toujours « un véritable *modus vivendi*, le résultat d'un compromis social, d'un équilibre contingent entre intérêts sociaux et économiques[17] » ;
4. un *telos* éthico-politique qui résulte de ce que « tant la création de l'unité politique et la formation des institutions que le développement des relations sociales tournent autour de la possibilité d'imprimer une trajectoire à la constitution matérielle » – une trajectoire qui se décline en un ensemble évolutif de finalités, d'objectifs (droits humains, justice sociale, libertés individuelles, libre marché, etc.) qui tout à la fois « reflète la composition des forces sociales » et « agit comme un catalyseur » pour la communauté politique tout entière[18].

Avec ces quatre facteurs ordonnateurs, M. Goldoni et M. Wilkinson procèdent à un élargissement considérable de ce qu'un juriste « kelsénien » entend habituellement par « constitution matérielle ». Car si les premier et quatrième facteurs (unité politique et *telos* éthico-politique) entrent aisément dans le

---

[13] *Ibid.*

[14] M. Goldoni, M. Wilkinson, « The Material Constitution », art. cité.

[15] *Ibid.*, p. 16-17.

[16] *Ibid.*, p. 19.

[17] *Ibid.*, p. 20.

[18] *Ibid.*, p. 22.

périmètre d'une constitution « matérielle-formelle », les deuxième et troisième facteurs (institutions juridiques et forces sociales) le débordent considérablement, au point que l'on peut se demander si l'on est encore sur le terrain du droit constitutionnel, ou si l'on n'est pas sur celui de la sociologie[19]. C'est pour prévenir cette objection que Goldoni et Wilkinson, dans d'autres travaux, ont mobilisé les deux grands courants théoriques susceptibles de rendre compte de la dimension réellement juridique de chacun de ces deux facteurs : d'un côté *l'institutionnalisme juridique* (Santi Romano, Schmitt, Mortati) qui est aussi, on le sait, un *pluralisme* juridique qui s'interroge sur la « *force nomique* » inhérente aux institutions hétérogènes qui composent la société et sur la façon dont elles peuvent s'ordonner en un agencement constitutionnel unifié[20] ; de l'autre côté *le marxisme*, dont un certain nombre de théoriciens (Marx lui-même, Luxemburg, Lassalle, Gramsci, Poulantzas, Balibar, etc.) ont montré que les antagonismes de classe comportaient une dimension politico-juridique irréductible qui ne pouvait être purement et simplement rabattue sur l'infrastructure économique[21].

Ce n'est pas un hasard si ces deux courants ont émergé simultanément au tournant des XIXe et XXe siècles, et si M. Goldoni convoque préférentiellement Costantino Mortati pour le premier et Antonio Gramsci pour le second. Les deux penseurs italiens, depuis des perspectives politiques diamétralement opposées, et sans avoir pris connaissance des travaux l'un de l'autre, ont essayé de penser le phénomène civilisationnel central du XXe siècle : l'émergence des masses comme actrices à part entière du jeu juridico-politique[22]. Comme l'écrit justement G. Preterossi, « il y a dans la notion de constitution matérielle un noyau politico-normatif qui est intimement lié à l'État de masses (*Stato delle masse*)[23] ». La question – qui nous amène naturellement à celle de la démocratie – est dès lors de déterminer quelle est la nature de ce « noyau politico-normatif ». Or il semble que deux options se présentent, selon que l'on conçoive la constitution matérielle comme l'expression d'une puissance sociale originaire plus ou moins étouffée et réprimée par les pouvoirs en place ou comme l'équilibre – toujours instable – entre les forces sociales en conflit. Deux options en apparence voisines, mais en apparence seulement, car l'une et l'autre induisent en fait des conceptions inconciliables du droit politique et de la démocratie.

Selon une première option, dominante, l'enjeu de toute analyse de la constitution matérielle est de retrouver, comme l'écrivent M. Goldoni et M. Wilkinson, le « pouvoir instituant qui jaillit de la société et de l'imaginaire social », et qui « n'exprime pas seulement le conflit social mais aussi la coopération et la solidarité[24] ». L'allusion explicite à Cornélius Castoriadis indique que le droit politique est ici pensé à l'aune d'une subjectivité collective autonome toujours capable, potentiellement sinon actuellement, de se donner à elle-même sa

[19] L. Vinx, « Hans Kelsen and the Material Constitution of Democracy », art. cité.

[20] M. Goldoni, M. Croce, *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, *op. cit.*

[21] M. Goldoni, M. Wilkinson, « The Tradition of the Material Constitution in Western Marxism » in M. Goldoni, M. Wilkinson (dir.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution, op. cit.*

[22] Cette convergence entre Mortati et Gramsci autour de l'émergence des masses (et du rôle directeur du « parti ») a été pointée par G. Preterossi, « La pensée gramscienne du droit dans les *Cahiers de prison* », in *Droit & Philosophie* nº 10, *Marx et le droit*, novembre 2018.

[23] G. Preterossi, « Che cosa resta della costituzione materiale», art. cité, p. 94.

[24] M. Goldoni, M. Wilkinson, « The Material Constitution », art. cité, p. 18.

constitution. Il n'est donc pas étonnant que ces théoriciens mobilisent dans la foulée un autre concept-phare de la théorie du droit : celui de *pouvoir constituant*, hérité du constitutionnalisme libéral, mais réinvesti depuis les années 1990 par de nombreux théoriciens de la « démocratie radicale[25] ». Ici, le « noyau politico-normatif » de toute constitution matérielle réside dans la puissance constituante du « peuple » (« *demos* », « *multitude* », etc.), puissance originaire que les pouvoirs constitués cherchent toujours à neutraliser, sans toutefois ne jamais épuiser sa créativité propre ni le potentiel de contestation qui s'en dégage irréductiblement.

Selon une seconde option, que je crois en vérité plus appropriée, il n'existe pas de puissance constituante ultime à l'origine de la constitution matérielle, mais une pluralité de forces prises dans des rapports sociaux et politiques complexes de conflit et d'alliance. Or, si la division sociale est irréductible, si toute constitution est, de ce fait, irréductiblement frappée du sceau de l'hétéronomie et de la domination, il faut en tirer la conséquence que le sujet unitaire appelé « peuple » est un leurre, et que la démocratie est mieux honorée, paradoxalement, quand elle est pensée comme « démocratie sans *demos*[26] », ou encore, dans le sillage de Claude Lefort, comme « institutionnalisation du conflit[27] », et non comme puissance expressive de quelque sujet-praxis unificateur. Pour caractériser le « noyau politico-normatif » de toute constitution matérielle, je propose dès lors de substituer au concept de « pouvoir constituant » ceux de *champ constituant* et de *constitution mixte* – le premier pour désigner « l'équilibre des pouvoirs, des corps sociaux et politiques et le conflit réglé des classes et des acteurs politiques », le second pour signifier que cet équilibre est toujours relatif, que tout régime politique est « mixte », plus ou moins démocratique ou oligarchique, selon le « diagramme des rapports entre "pouvoir de fait" et "pouvoir légitime", par-delà les constitutions écrites[28] ».

Ces deux options sont antithétiques en ce que l'une envisage la démocratie comme *autodétermination* (sous l'égide de Castoriadis), l'autre comme *indétermination* (sous l'égide de Lefort). On peut se demander toutefois si le choix en faveur de la seconde option, contre la tendance dominante des théoriciens de la constitution matérielle, ne se paie pas d'un prix conceptuel et politique excessivement élevé. Car il est proposé ici, dans un même geste, de renoncer à l'idée de « pouvoir constituant », qui inaugure pourtant notre modernité politique depuis la Révolution, et de promouvoir à sa place un concept prémoderne, celui de « constitution mixte », évacué plus tôt encore, dès Bodin, par la théorie du droit occidentale. Malgré tout, les sections qui suivent vont s'efforcer de montrer la pertinence d'une telle opération conceptuelle, en identifiant d'abord les impasses où mène la notion de « pouvoir constituant » (section 3) et en montrant ensuite

---

[25] A. Negri, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité* (1992), trad. E. Balibar et F. Matheron, Paris, PUF, 1997. Dans une littérature écrasante sur le pouvoir constituant, on lira en priorité L. Rubinelli, *Constituent Power. A History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. Sur la « démocratie radicale », voir A. Vitiello, « L'itinéraire de la démocratie radicale », *Raisons politiques,* 2009/3 nº 35, p. 207-220 ; M. Deleixhe, F. Delmotte, « Démocratie radicale : retours critiques », *Raisons politiques*, 2019, nº 75.

[26] C. Colliot-Thélène, *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, 2011.

[27] C. Lefort, *Essais sur le politique. XIXe-XXe siècles*, Paris, Seuil, 1986, p. 27 et p. 267. Sur un rapprochement possible entre la philosophie politique de C. Lefort et l'idée de constitution matérielle, voir E. Delruelle, « La constitution matérielle de la démocratie », *Raisons politiques. Revue de théorie politique*, 2023/3 (nº 91), p. 93-107.

[28] C. Jouin, « La constitution matérielle de l'Europe. Par-delà le pouvoir constituant », *Noesis* 30-31/2018, p. 391-407.

quel usage renouvelé il est possible de faire du concept de « constitution mixte » (section 4).

III. Par-delà le « pouvoir constituant »

Selon Martin Loughlin (promoteur du « constitutionnalisme politique[29] », et l'un des principaux interlocuteurs de Goldoni), l'idée de pouvoir constituant repose sur deux postulats fondamentaux : « la source ultime de toute constitution réside dans une entité appelée "le peuple", et une "constitution" est quelque chose – plus spécifiquement : un document – qui est fabriqué (*made*)[30]. » Bien sûr, dans le cadre de quelque théorie un tant soit peu « radicale » de la démocratie, il ne saurait être question de reconduire l'usage que le constitutionnalisme libéral fait habituellement de ces deux postulats, et qui consiste à poser le « peuple » constituant comme un simple principe *d'imputation*[31], comme une fiction juridique, un référent générique *au nom de qui* les pouvoirs constitués (législatif, exécutif et judiciaire) ne font en réalité que légitimer le gouvernement qu'ils exercent sur lui. Pour que le pouvoir constituant soit une puissance *effective* d'autonomie et d'autocréation collectives, il doit pouvoir s'actualiser, se matérialiser dans des formes autres que représentatives. C'est précisément l'inflexion que Goldoni propose d'opérer par rapport au constitutionnalisme politique de M. Loughlin : « une impulsion constituante opère toujours, de façon manifeste ou latente, en dehors de la politique parlementaire, et toujours susceptible de contester et de mettre en question les postulats qui la sous-tendent[32]. » Impulsion constituante « manifeste » lors de ces « moments extraordinaires » que sont les révolutions, où « la politique s'ouvre pour faire place à la participation populaire consciente et à l'intervention collective spontanée » ; impulsion « latente » quand le peuple, en régime ordinaire, maintient une pression constante sur les pouvoirs constitués, à l'enseigne des « tumultes » de la plèbe contre le Sénat à Rome, loués par Machiavel comme la source vive « de toutes les lois favorables à la liberté[33] ». « Nous avons (encore) besoin de révolution », proclame M. Goldoni, non seulement pour maintenir toujours ouverte la possibilité d'une nouvelle fondation constitutionnelle, d'un « nouveau commencement » (une expression tirée du

[29] Le « constitutionnalisme politique » (*political constitutionalism*) rassemble un certain nombre de juristes anglo-saxons (J. A. G. Griffith, M. Loughlin, R. Bellamy, J. Waldron, etc.) dressés contre le constitutionnalisme juridique (*legal constitutionalism*) qui a accompagné, à partir des années 1980, la montée en puissance du néolibéralisme. Le constitutionnalisme politique plaide pour que la branche législative du gouvernement, la plus démocratique, retrouve sa primauté sur le pouvoir judiciaire, critiqué comme instrument privilégié des intérêts économiques. Voir M. Goldoni, C. McCorkindale, « Three Waves of Political Contitutionalism » [En ligne : www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwik3NK6yNKDAxWSUaQEHc9IAccQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Feprints.gla.ac.uk%2F187788%2F7%2F187788.pdf&usg=AOvVaw17prRpziY4okdl1iYe20Eg&opi=89978449].

[30] M. Loughlin, « On Constituent Power », in M. W. Dowdle, M. Wilkinson (dir.) *Constitutionalism beyond Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

[31] M. Troper, « La démocratie comme État de droit », Séminaire automne 1999 Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique (oct. 1999, Montréal, Canada).

[32] M. Goldoni, C. McCorkindale, « Why we (still) need a Revolution », in *German Law Journal*, vol. 14, nº12, p. 2214.

[33] N. Machiavel, « Discours sur la Première Décade de Tite-Live », (I, 4) in E. Barincou (dir.), *Œuvres complètes*, , Paris, Gallimard, p. 390-391.

lexique arendtien), mais aussi pour que le pouvoir constituant, sous forme d'assemblées populaires, de protestations, de désobéissance civile, voire d'insurrections, continue d'agir au quotidien comme un « pouvoir irritant[34] » à l'égard des pouvoirs constitués.

La référence au républicanisme radical de Machiavel indique clairement l'une des ascendances théoriques de M. Goldoni, à savoir la réélaboration détonante du « pouvoir constituant » par Antonio Negri dans son ouvrage éponyme de 1992[35]. Chez A. Negri, le pouvoir constituant est érigé en machine de guerre contre le constitutionnalisme et le gouvernement représentatif. Il est décrit comme une « force qui fait irruption, qui coupe, interrompt, écartèle tout équilibre préexistant », comme la « porte par où la volonté démocratique de la *multitudo* ou de la masse et donc la question sociale ont pénétré dans le système politique[36] ». Face à une modernité libérale qui cherche obstinément à dompter, neutraliser « la puissance ontologique d'une multitude de singularités agissant en coopération[37] », l'enjeu, du point de vue révolutionnaire qui est celui de A. Negri, est de savoir comment construire « un modèle constitutionnel qui préserve l'ouverture et la capacité de production du pouvoir constituant lui-même[38] », « comment maintenir à ciel ouvert la source d'où jaillit la vitalité du système[39] ». Ici, pouvoir constituant et pouvoirs constitués s'opposent irréductiblement, aucune « synthèse » n'est possible entre eux. C'est au contraire dans « cette négativité même, ce vide de synthèse » que réside toute promesse d'émancipation, de révolution[40].

D'autres auteurs estiment quant à eux que des formes de « synthèse » entre pouvoirs constituants et constitués sont inévitables, et même souhaitables, et que l'enjeu est plutôt d'inventer des dispositifs constitutionnels où le pouvoir constituant se combine aux institutions du gouvernement représentatif et de l'État

---

[34] Sur la notion de « pouvoir irritant », voir N. Krisch, « Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the Postnational Order », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, Issue 3, July 2016, p. 657–679.

[35] A. Negri, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité* (1992), *op. cit.*

[36] *Ibid.*, p. 15.

[37] *Ibid.*, p. 436.

[38] *Ibid.*, p. 37.

[39] *Ibid.*, p. 5.

[40] *Ibid.*, p. 17. Une conception tout aussi radicale du pouvoir constituant comme puissance extraconstitutionnelle a été élaborée par Andreas Kalyvas, mais sur de tout autres fondements philosophiques : A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

de droit dans l'objectif de les revivifier. Ainsi en est-il aussi, par exemple, chez Andrew Arato[41] ou Joel Colon-Rios[42], comme chez Goldoni lui-même.

Que pourrait être une constitution matérielle *démocratique*, sur base de tels présupposés ? On en trouve une formulation significative chez J. Colon-Rios : ce serait une constitution

> qui permettrait non seulement aux manifestations populaires (rassemblements informels, désobéissance civile, protestations) de se produire sans ingérence de l'État, mais qui instituerait également des processus plus formels et moins complexes que les citoyens pourraient déclencher et à travers lesquels ils pourraient délibérer et décider de transformations constitutionnelles substantielles (et où) le peuple posséderait une faculté juridique illimitée de se donner à lui-même la constitution qu'il veut[43].

Le problème qui apparaît clairement dans cette dernière citation est que le pouvoir constituant est ici celui d'une subjectivité collective (« *peuple* », « *plèbe* », « *multitude* ») réputée être *intrinsèquement* porteuse de volonté émancipatrice, et dont l'identité même se confond avec l'activité de se libérer des pouvoirs en place. Or une telle subjectivité peut être aussi diversifiée, bigarrée, hétérogène que l'on voudra, elle doit être conçue comme fondamentalement *indivisée.* Du fait qu'elle manifeste son pouvoir constituant contre des groupes dominants qui lui sont ontologiquement extérieurs, cette subjectivité ne peut être elle-même traversée par quelque antagonisme – ni antagonisme « horizontal » entre travailleurs et propriétaires ni antagonisme « vertical » entre gouvernés et gouvernants. Symétriquement, les classes dominantes formeraient elles aussi un bloc politiquement homogène dont la force serait intrinsèquement réactive, et qui chercherait inlassablement à neutraliser le pouvoir constituant en l'enserrant dans la matrice anesthésiante des pouvoirs constitués. La tension entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués répond ainsi à un schéma que l'on peut qualifier de « populiste », au sens où le propre du populisme est d'activer une opposition

---

[41] A. Arato, *Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Tout l'effort de A. Arato est de dépasser l'opposition entre la conception *révolutionnaire* du pouvoir constituant comme puissance extra-juridique (Negri, Kalyvas) et la vision *constitutionnaliste* qui cherche à le canaliser dans les contraintes constitutionnelles de la représentation et de l'État de droit (Loughlin, Habermas, Dyzenhaus). A. Arato élabore une théorie multi-dimensionnelle du pouvoir constituant, qui combine une logique institutionnelle « par le haut », où l'initiative revient à des assemblées élues et/ou au pouvoir judiciaire, et une logique de participation, de ratification et d'action démocratiques « par le bas ». A. Arato est animé par la conviction qu'une forme radicale de démocratie est possible, qui soit néanmoins compatible avec les garanties constitutionnelles libérales, et qui n'implique pas nécessairement de rupture insurrectionnelle violente.

[42] J. Colon-Rios, *Constituent Power and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020. Cherchant, tout comme Arato, à dépasser l'opposition entre réforme et révolution, J. Colon-Rios plaide pour une démocratie « robuste » dont les dispositions constitutionnelles feraient place, à côté des institutions parlementaires, judiciaires et gouvernementales classiques, à la contestation, la désobéissance civile, les assemblées populaires, etc., de sorte à faciliter des « révolutions périodiques ». La différence avec A. Arato est que chez ce dernier, le pouvoir constituant ne surgit qu'à l'occasion de tournants constituants exceptionnels, tandis qu'ici, il se manifesterait continument, à tous moments de la politique ordinaire.

[43] J. Colon-Rios, A. C. Hutchinson, « Democracy and Revolution: An Enduring Relationship », in *Denver Law Review,* vol. 89, Issue 3, « Constitutionalism and Revolutions », January 2012, p. 601.

binaire nous/eux, peuple/élites[44], juridiquement métabolisée, en théorie du droit, dans la dichotomie pouvoir constituant/pouvoir constitué[45].

On peut toutefois douter qu'un tel schéma de pensée permette d'appréhender ce qu'est une constitution *matérielle*, et de caractériser ce qui en fait (ou non) une constitution *démocratique*.

Il n'est pas exact que tout tumulte, soulèvement ou insurrection populaires soient intrinsèquement émancipateurs. Les Gilets jaunes en 2017-2018, par exemple, furent un mouvement foncièrement anti-oligarchique, mais dont les revendications, loin d'en appeler à une transformation de l'économie, exigeaient plutôt la restauration de formes de propriété, de fiscalité, de consommation conformes aux standards moraux de la classe moyenne blanche. Samuel Hayat a opportunément rapproché l'idéologie implicite des Gilets jaunes de « l'économie morale » qui commandait les grandes révoltes populaires du XVIIIe siècle[46], concluant à juste titre : « Ce n'est pas parce qu'un mouvement est authentiquement populaire, ancré dans les croyances les plus communément partagées par la grande majorité, qu'il est émancipateur[47]. » On pourrait d'ailleurs en dire autant du « mouvement des places » des années 2010 (« *Occupy Wall Street* », « Indignés », plus tard « Nuit Debout »), ostensiblement contestataire mais pénétré de l'idéologie individualiste dominante. Ce sont, plus généralement, les expériences de « socialité d'exception », comme les appelle Catherine Colliot-Thélène, qui s'avèrent incapables « de construire des institutions susceptibles de durer sans étouffer l'*ethos* qui leur donne leur caractère spécifique ». Quel type de constitution pourrait résulter d'une volonté de « ne pas se structurer, ne pas durer, s'affirmer impuissant[48] » ? Avec Céline Jouin, on doit conclure qu'« une expérience communautaire, aussi intense soit-elle, ne peut être le paradigme d'aucune vie

[44] Un point sur lequel tombent au moins d'accord deux auteurs que tout oppose pour le reste : E. LACLAU, *La raison populiste*, trad. J-P. Ricard, Paris, Seuil, 2008 [2005] (suivi par C. MOUFFE, *Pour un populisme de gauche*, trad. P. Colonna d'Istria, Paris, Albin Michel, 2018) et J.-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ? Définir enfin la menace*, trad. F. Joly, Paris, Éd. Premier parallèle, 2016.

[45] Nimer Sultany oppose ainsi, parmi les penseurs du « pouvoir constituant », le camp des « populistes » (tel que Negri) et celui des « constitutionnalistes » (tel que Arendt) : N. SULTANY, *Law and Revolution. Legitimacy and Constitutionalism After the Arab Spring*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 289.

[46] Le concept d'« économie morale » a été forgé par l'historien E. P. Thompson pour montrer que le ressort fondamental des soulèvements populaires au XVIIIe siècle était moins la faim ou la colère qu'une indignation morale fondée sur ce que devait être un bon fonctionnement de l'économie. Or cette « économie morale » des classes populaires, dit S. Hayat, « bouleverse temporairement le fonctionnement habituel des institutions, mais ce qu'elle vise, c'est avant tout un retour à l'ordre, pas une transformation révolutionnaire ». S. Hayat montre également ce qu'a de problématique l'appel des Gilets jaunes à une déprofessionnalisation de la politique, comme leur croyance en une opinion authentique du peuple, sans médiation. Il y voit le fantasme d'un peuple homogène, sans divisions partisanes, sans idéologies – fantasme partagé avec leur adversaire, le Président Macron, technicien prétendant lui aussi transcender les clivages et les usages de la politique partisane. Voir S. HAYAT, « Les Gilets Jaunes, l'économie morale et le pouvoir » (déc. 2018) [En ligne : https://samuelhayat.wordpress.com/2018/12/05/les-gilets-jaunes-leconomie-morale-et-le-pouvoir/]

[47] *Ibid.*

[48] C. COLLIOT-THÉLÈNE, *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, p. 147-148. Une critique comparable est élevée par C. MOUFFE, *Agonistique. Penser politiquement le monde*, trad. D. Beaulieu, Paris, Beaux-Arts de Paris éditions, 2014, p. 85 et p. 125.

politique proprement dite[49] » – ni par conséquent d'aucune constitution matérielle de type démocratique.

En revanche, c'est bien une constitution matérielle tendanciellement démocratique qui fut mise en place à partir de 1945 avec les institutions de l'État social, sur la base d'un *équilibre conflictuel* entre les intérêts des classes subalternes (Sécurité sociale, droit du travail, services publics) et ceux des classes possédantes (propriété privée, profitabilité, subordination au travail). Or ici, l'impulsion constituante des luttes sociales s'est articulée au pouvoir d'État, pour déboucher sur des dispositions constitutionnelles-matérielles dont on ne peut nier le caractère émancipateur, même si elles restaient structurellement dissymétriques[50]. L'idée d'une « institutionnalisation du conflit » co-construite par des groupes sociaux antagonistes, et suspendue à l'indétermination des rapports sociaux qui en résultent, paraît donc plus opératoire pour rendre compte de ce qu'est une constitution matérielle (tendanciellement démocratique) que l'hypothèse d'un pouvoir constituant jaillissant prétendument tout entier du peuple « d'en bas ».

Inversement, la remise en cause « néolibérale » de la constitution matérielle de « 45 », et des équilibres sociaux qui en résultaient, montre que les classes dominantes ne forment pas un bloc homogène arc-bouté sur les pouvoirs constitués. Le pouvoir propriétaire (la classe capitaliste, pour parler le langage marxiste), en vue de faire triompher ses intérêts, a dû mener une active lutte politique et idéologique pour inverser le cours des politiques étatiques keynésiennes fondées sur la régulation et la redistribution. À cette fin, il a fallu que la classe propriétaire désolidarise le pouvoir politique des corps intermédiaires, relais des classes productives, avant de lui imposer le projet de « constitution économique » où réside le ressort fondamental des politiques néolibérales (privatisation des services publics ; dérégulation du droit du travail ; affaiblissement de la Sécurité sociale : réforme des retraites, dégressivité des allocations de chômage, approche gestionnaire des soins de santé, etc.[51]). Or les dispositions constitutionnelles-matérielles qui sous-tendent ces politiques n'auraient pu produire des effets aussi puissants et durables, entre les années 1980 et aujourd'hui, sans une véritable « impulsion constituante » qui instaura un nouvel équilibre entre classes sociales (ce que Gramsci appellerait une nouvelle « hégémonie ») – un équilibre certes favorable à la classe propriétaire, mais qui gagna auprès des classes moyennes salariées une légitimité suffisante pour ne pas être sérieusement contesté (avant une période récente en tout cas)[52].

Des deux séquences constituantes qu'ont été l'État social de « 45 » puis la « constitution économique » néo-ordo-libérale, on doit donc conclure qu'une constitution matérielle ne résulte pas de l'antagonisme frontal entre un pouvoir constituant originaire et des forces dominantes intrinsèquement réactives, mais d'un champ constituant mixte tendanciellement démocratique ou oligarchique, selon que l'appareil d'État s'aligne sur les intérêts du pouvoir social des travailleurs ou sur ceux du pouvoir propriétaire. En conséquence, il faut aussi renoncer à

---

[49] C. Jouin, « La constitution matérielle de l'Europe. Par-delà le pouvoir constituant », art. cité, p. 391-407.

[50] E. Delruelle, *Philosophie de l'État social. Civilité et dissensus au XXIe siècle,* Paris, Kimé, 2020.

[51] G. Grégoire, X Miny, *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview, op. cit.*

[52] Pour une interprétation des politiques néolibérales en termes de « moment constituant », voir S. Mezzadra, « Seizing Europe. Crisis management, constitutional transformations, constituent movements », *Euronomade*, 2013 [En ligne : http://www.euronomade.info/?p=462].

attribuer à une entité aussi flottante que « le peuple » la faculté juridique *illimitée* de se donner la constitution qu'il veut (comme l'énonce J. Colon-Rios plus haut), alors que cette faculté se trouve en fait toujours répartie en une *pluralité* de groupes dont seules les interactions vont lui imprimer une orientation politique propre – sans quoi nous devrions honorer comme pareillement démocratique le « peuple » qui a renversé le régime tsariste en 1917 et celui qui a participé à la Marche sur Rome en 1922, ou encore (pour évoquer des moments « irritants » récents) le « peuple » qui s'est mobilisé contre la réforme des retraites en France en 2022 et celui qui s'est lancé à l'assaut du Capitole en janvier 2021.

La démocratie comme autodétermination est donc un leurre : « Nulle communauté, écrit C. Jouin, ne se donne sa loi et n'obéit qu'à elle-même[53]. » La matérialité des dynamiques et des équilibres constitutionnels à l'œuvre dans le champ politique, loin de répondre à un schéma binaire (« populiste ») peuple/élites, pouvoir constituant/pouvoirs constitués, résulte toujours de l'interaction contingente entre *trois* pôles de pouvoir autonomes : le pouvoir social des subalternes, le pouvoir économique des propriétaires et le pouvoir politique des gouvernants, lequel se trouve fonctionnellement en position de « tiers » entre les deux autres. Cela ne signifie pas que l'appareil d'État soit « neutre », mais qu'il ne peut exercer son pouvoir propre sans être reconnu comme médiateur entre les forces sociales en présence. Selon la définition de Nicos Poulantzas, l'État doit être envisagé comme la « condensation matérielle et spécifique d'un rapport de force, qui est un rapport de classe[54] ». Il est assurément plus réaliste – et plus opératoire dans le cadre d'une théorie de la démocratie – de parler de *champ constituant* pour décrire l'équilibre instable entre pôles de pouvoir concurrents – étatique, propriétaire et social –, plutôt que de dissimuler leur hétérogénéité sous le masque totémique de la « souveraineté populaire[55] ».

IV. La « constitution mixte des Modernes »

Est-il pour autant judicieux de réactiver la catégorie de « constitution mixte » ? Deux objections sont communément élevées à l'encontre d'un tel transfert conceptuel : (1) la modernité, en ordonnant l'État et la constitution autour des « concepts de "souveraineté", "pouvoir", "peuple" ou "représentation", a fait disparaître la discussion classique sur les différentes formes de gouvernement, dans laquelle sont insérés les problèmes de la constitution mixte » ; (2) depuis deux siècles, le concept a été essentiellement mobilisé par les penseurs réactionnaires et conservateurs « dans l'objectif de légitimer les différences sociales qui leur semblent non seulement naturelles mais nécessaires pour

[53] C. Jouin, « La constitution matérielle de l'Europe. Par-delà le pouvoir constituant », art. cité, § 9.

[54] N. Poulantzas, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Paris, Les Prairies Ordinaires, 2013 [1978], p. 119.

[55] « De même qu'au stade primitif du totémisme, les membres du clan mettent à l'occasion de certaines fêtes orgiaques le masque de l'animal-totem sacré, c'est-à-dire de l'ancêtre du clan pour, jouant eux-mêmes le père, rejeter pour un court moment tous les liens sociaux, de même dans l'idéologie démocratique, le peuple-sujet revêt le caractère d'organe investi d'une autorité inaliénable, dont seul l'exercice peut être délégué et doit toujours être délégué à nouveau aux élus. La doctrine de la souveraineté populaire est aussi – très affiné et intellectualisé sans doute – un masque totémique » (H. Kelsen, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004 [1932], p. 96-97). Cette citation balise l'article fondamental de C. Colliot-Thélène, « Les masques de la souveraineté », *Tumultes*, n° 40, 2013.

maintenir la stabilité d'une époque désorientée par la nouveauté révolutionnaire[56] ». On gage ici qu'il est possible de contourner l'une et l'autre de ces objections.

Il est exact que l'idée de « constitution mixte » a été forgée dans un contexte institutionnel prémoderne où la constitution (*politeia*) s'identifie à la forme de gouvernement (*politeuma*), qui peut être celle de l'un (monarchie), de quelques-uns (aristocratie) ou du plus grand nombre (démocratie). Chez les Grecs (et les Romains, dans une moindre mesure), la légitimité de tout régime résidait dans l'art des gouvernants d'éviter la « corruption », c'est-à-dire dans leur capacité à affronter l'épreuve de la lutte intestine (*stasis*), indéfiniment résurgente, entre groupes sociaux rivaux. Dans la théorie de Polybe, qui fut la plus influente historiquement (avec celle d'Aristote), l'enjeu de la corruption est tragiquement radicalisé sous la forme de « l'anacyclose », le cycle négatif de dégénérescence de la monarchie en tyrannie, de l'aristocratie en oligarchie, de la démocratie en ochlocratie. Cet enjeu, Polybe prétend l'endiguer (à défaut de l'éliminer) par le mélange des trois formes de régime, à l'exemple de la République de Rome qui combinait les institutions du Consulat (monarchie), du Sénat (aristocratie) et des Comices et du tribunat (démocratie)[57].

À travers la constitution mixte, ce n'était donc pas une balance entre organes *institutionnels* qui était prioritairement recherchée, mais un équilibre entre les puissances *sociales* qui composaient la communauté citoyenne – en l'occurrence à Rome : propriétaires terriens d'un côté, plèbe de l'autre. Le but de Polybe, souligne ainsi Wilfried Nippel, était de « rendre compte d'une répartition du pouvoir qui s'était développée historiquement et qui pouvait être vue comme un compromis social entre la noblesse et le peuple ; elle n'était pas fondée sur le principe normatif d'une différenciation nécessaire des fonctions gouvernementales[58] ». Déjà chez Aristote, en contexte athénien cette fois, la question de la constitution (politeia) était explicitement appréhendée au prisme de la lutte intestine (stasis) entre riches et pauvres, au point qu'on lit chez le Stagirite que toute constitution est une forme d'équilibre entre les intérêts du demos (le peuple pauvre) et ceux de l'oligarchie économique : « la politeia, résume-t-il, est le mélange de ces deux formes : la démocratie et l'oligarchie[59]. »

Cette conception de la constitution, il est vrai, est aux antipodes de celle des Modernes. Pour ceux-ci, désormais, la question centrale n'est plus de savoir quels groupes sociaux gouvernent effectivement la Cité, ni quelles fins éthiques ils poursuivent. Que le mode de gouvernement soit monarchique, aristocratique ou démocratique, le problème crucial est celui de la souveraineté de l'État, ce « pouvoir unique, écrit G. Duso, qui ne peut appartenir qu'à la totalité du corps politique et qui demande à être constitué et exercé de manière légitime, c'est-à-dire

---

[56] A. R. Garcia, « La constitution mixte : un concept politique prémoderne pour le XXIe siècle ? », conférence lors du Workshop *Rhetoric, Ethics and Politics*, University of Jyväskylä (Finlandia), 15-16 août 2011 [En ligne : https://www.academia.edu/41758889/La_Constitution_Mixte_Un_Concept_Politique_Pr%C3%A9moderne_pour_le_XXIe_Si%C3%A8cle].

[57] Polybe, *Histoires*, Livre VI, texte établi et traduit par R. Weil, Paris, Belles Lettres, 1977.

[58] W. Nippel, « Ancient and modern republicanism: "mixed constitution" and "ephors", in B. Fontana (dir.), *The Invention of Modern Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 9.

[59] Aristote, *Politique*, IV, 7-8 (1293 b 27 – 94 a 11), trad. J. Aubonnet, Paris, Les Belles Lettres/Gallimard, 1993, p. 131.

sur la base de la volonté des individus[60] ». Le centre de gravité de la constitution est déplacé vers le « contrat social » qui transforme cette volonté présumée des individus en fondement normatif de la souveraineté étatique qui va s'exercer sur eux. C'est qu'il s'agit dorénavant de neutraliser des facteurs de désordre jugés autrement plus graves que les conflits sociaux des cités-États : les guerres de religion[61].

C'est pourquoi on commet une profonde erreur en pensant que le schéma moderne de division des trois pouvoirs – exécutif, représentatif et judiciaire – dérive du modèle « mixte » de Polybe. Certes, on peut identifier des configurations intermédiaires, par exemple dans l'Angleterre du XVIIe siècle, quand les trois pouvoirs du roi, des Lords et des Commons relayaient encore les intérêts de groupes sociaux plus larges[62]. Mais déjà à ce moment, l'enjeu était moins l'équilibre matériel entre classes sociales que l'unité formelle des trois branches de l'État souverain. Comme l'écrit A. R. Garcia, « les pouvoirs modernes ne sont pas des éléments d'un corps social pluriel, mais des représentants d'un même sujet : le peuple homogène composé d'individus libres et égaux […]. La division des pouvoirs ne constitue en rien un reflet de la pluralité sociale[63] ».

Cette souveraineté se déploie en réalité sur deux registres distincts : d'une part, la souveraineté du peuple, qui érige celui-ci en source ultime de l'exercice légitime du pouvoir, et d'autre part la souveraineté de l'État, cette personne publique qui prétend détenir « le monopole de la violence légitime » (selon la formule de Weber), autrement dit le monopole de la production normative dans les limites de ses frontières. Or, étayer la souveraineté de l'État sur celle du peuple, en faisant comme si le pouvoir d'État émanait tout entier de la volonté populaire, n'est rien d'autre qu'un tour de passe-passe[64] qui commande aussi, nous l'avons vu, les rapports entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués : on trouve d'un côté un législateur suprême qui est censé définir les compétences des pouvoirs constitués, mais qui en fait ne les exerce pas, et de l'autre, un pouvoir d'État prétendument subordonné, mais qui régit entièrement les gouvernés[65]. Ce tour de passe-passe

---

60 G. Duso, « La costituzione mista e il principio del governo: il caso Althusius », *Filosofia politica*, 1, aprile 2005, p. 78.

61 R. Descendre, « Sur l'effacement du modèle de la constitution mixte dans les discours italiens de la raison d'État : Botero, Boccalini et Zuccolo », in M. Gaille-Nikodimov, *Le Gouvernement mixte. De l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (XIIIe-XVIIe siècles),* Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 71-94 (halshs-00119905).

62 D. Lieberman, « The Mixed Constitution and the Common Law », in M. Goldie, R. Wokler, *The Cambridge History of Eighteenth-century Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

63 A. R. Garcia, « La constitution mixte : un concept politique prémoderne pour le XXIe siècle ? », *op. cit.*, p. 7.

64 P. Dardot, C. Laval, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, Paris, La Découverte, 2020, p. 25.

65 C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus Politicum,* n° 3, 2009, p. 16. Pasquale Pasquino, de son côté, parle du « double corps du peuple », par analogie avec les « deux corps du roi » de la théologie politique : sur le devant de la scène, le peuple comme composé pluriel, concret, « organe constitué de l'État », et sur le fond de la scène, « le peuple comme fondement ultime de toute forme constitutionnelle et limitée de pouvoir ». Voir P. Pasquino, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », in J. Salem, V. Denis, P.-Y. Quiviger (dir.), *Figures de Sieyès,* Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008 [En ligne : http://books.openedition.org/psorbonne/20025].

permet en réalité d'escamoter la question que les Anciens avaient le mérite de poser explicitement, à savoir celle de l'équilibre réel du pouvoir entre les groupes sociaux.

Comment affronter cette question de la distribution réelle du pouvoir chez les Modernes ? Une approche démystifiée de la souveraineté est possible, à condition d'envisager celle-ci à un niveau constitutionnel *matériel* élargi, où elle se révèle être un élément *relatif* au sein d'un champ juridico-politique dans lequel évoluent d'autres puissances sociales ou politiques à la fois concurrentes et complémentaires. Il existe en particulier une puissance sociale dont l'émergence est intimement corrélée à celle de la souveraineté étatique, c'est la *puissance propriétaire.* Car la doctrine de la souveraineté, en même temps qu'elle prétend au monopole normatif « interne » et à l'indépendance politique « externe », institue une division originaire entre État et société civile, droit public et droit privé – une division qui consacre la différenciation, spécifiquement moderne, entre deux pôles de pouvoir distincts, l'un politique et l'autre économique. Ce diagramme sociopolitique contraste avec les sociétés prémodernes, où la richesse se trouvait « politiquement constituée », selon l'expression d'Ellen Meiksins-Wood, au sens où l'exercice du gouvernement permettait de s'approprier directement les biens économiques[66]. Cette consubstantialité des pouvoirs politique et économique vole en éclats à partir du XVe siècle, d'abord en Angleterre puis en Europe, avec la centralisation de l'État et la privatisation des moyens de production (initiée par les « *enclosures* »), deux phénomènes inexorables et complémentaires qui vont progressivement ériger la souveraineté et la propriété, *l'imperium* et le *dominium*, en sources distinctes et solidaires de pouvoir[67].

Ce qui définit la constitution matérielle des Modernes, c'est donc que les deux axes de domination « verticale » (gouvernants/gouvernés) et « horizontale » (propriétaires/producteurs) se sont autonomisés, en même temps que la classe subalterne, désormais vouée à lutter sur deux fronts distincts, politique et économique, compose un troisième pôle de pouvoir – au demeurant lui-même traversé par des divisions de genre, de race, etc[68]. Le champ constituant moderne est un « rapport à trois complexe entre État, propriété et classes productives », où

---

[66] E. Meikins-Wood, *Liberté et propriété. Une histoire sociale de la pensée politique occidentale de la Renaissance aux Lumières*, trad. V. Dassas et C. St-Hilaire, Montréal, Lux, 2014 [2012], p. 79.

[67] Il n'est pas étonnant que cette complémentarité entre pouvoir politique et pouvoir économique ait sauté aux yeux d'un tenant de l'institutionnalisme juridique comme Maurice Hauriou. Ainsi que l'a opportunément rappelé Olivier Beaud, Hauriou avait repéré, *préalable* à toute séparation des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire), « l'équilibre politico-économique » fondé sur la coexistence des deux pouvoirs distincts : « il n'y a État, au sens propre du mot, que lorsque, dans une nation, s'est instauré le régime civil, c'est-à-dire, lorsque le pouvoir politique de domination s'est séparé de la propriété privée » (cité par O. Beaud, « La multiplication des pouvoirs », in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, « La séparation des pouvoirs », p. 47). Mais il suffit après tout de se référer au « fondateur » de la doctrine de la souveraineté lui-même, Jean Bodin, pour y lire en toutes lettres que si la souveraineté est une puissance *absolue*, indivisible (qui ne peut donc souffrir d'aucune « mixité »), elle n'est cependant pas *illimitée*, et qu'entre autres « lois de Dieu » et « lois naturelles » auxquelles elle doit se soumettre, se trouve le principe de propriété privée : « On ne peut bannir de la Cité ces deux mots TIEN et MIEN […] car il n'y a point de chose publique s'il n'y a quelque chose de propre : et ne se peut imaginer qu'il y ait rien commun, s'il n'y a rien particulier » (*Six Livres de la République*, I, 2). Voir T. Berns, *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique moderne à partir de Bodin*, Paris, Éditions Léo Scheer, 2005.

[68] Cette question des divisions internes au groupe des subalternes est un point sur lequel je ne peux hélas m'attarder ici. Il faudrait à ce sujet discuter, entre autres, S. Federici, *Caliban et la Sorcière. Femmes, corps et accumulation primitive*, Genève, Entremonde, 2014 [2004].

d'un côté les classes possédantes « ont besoin de l'État pour maintenir l'ordre » et contenir les revendications des classes productives, tout en se retrouvant aussi « en concurrence avec lui pour l'accès au surplus », tandis que de l'autre côté, les classes subalternes cherchent à résister à l'emprise de l'appareil d'État, mais ne peuvent qu'en appeler à lui dans leur conflit avec la classe propriétaire[69]. Dans ce « ménage à trois », le pouvoir étatique n'occupe aucune position de surplomb, car il poursuit lui aussi ses intérêts propres, mais il ne peut le faire avec succès qu'en jouant un rôle de *tiers* dans le conflit entre groupes sociaux – un rôle où il puise la *reconnaissance* sans laquelle aucune constitution, ni même sans doute aucun droit, ne sont possibles (voir *supra* section VI. C).

Tout champ constituant est donc intrinsèquement *relationnel*, au sens où les pôles de pouvoir qui le composent ne se définissent qu'à travers les relations agonistiques qu'ils entretiennent entre eux. Or, ce principe ne vaut pas seulement pour les trois pôles politique, propriétaire et social au sein de chaque espace « étatique », mais aussi pour l'ensemble des pôles qui évoluent au sein du champ constituant « global ». La théorie de la constitution matérielle ne peut en effet éluder la question du « constitutionnalisme global[70] ». Impossible d'ouvrir ici un dossier aussi imposant. Mais il peut être utile malgré tout de relayer la thèse de Michael Hardt et Antonio Negri, qui ont précisément proposé d'analyser la globalisation capitaliste en termes de « constitution mixte[71] ». Ce qu'ils appellent « Empire » répond à leurs yeux à un « *équilibre fonctionnel* » entre trois niveaux de pouvoir distincts, mais qui ne cessent de s'hybrider : une « unité monarchique » conduite par les États-Unis, des « articulations aristocratiques » entre États-nations et grandes entreprises transnationales, et un « pôle démocratique » animé par les ONG, les médias et les Églises. Peu importe que l'analyse soit discutable sur le plan politique, et qu'il soit difficile de partager la confiance des auteurs dans la capacité de la « multitude » à renverser ledit « Empire », c'est le principe d'une analyse du champ global en termes polybiens qu'il faut retenir : « l'origine antique du modèle polybien de la constitution de l'Empire est plus proche de notre réalité que sa transformation par la tradition libérale moderne[72]. » Il faudrait montrer comment on est passé d'une « constitution westphalienne », dynamique « extensive » de propagation de la forme stato-nationale et du marché capitaliste à partir du centre occidental vers les régions périphériques, à une constitution « post-westphalienne », néolibérale, caractérisée par l'intériorisation de la logique entrepreneuriale au sein de chaque État, en même temps que sa mise en concurrence au sein d'un marché oligopolistique. En vertu de cette nouvelle constitution mixte globale, il ne s'agit plus d'organiser la « prise de terres » entre États souverains[73], mais de garantir au sein de ceux-ci les droits du capital à travers

[69] E. MEIKINS-WOOD, *Liberté et propriété. Une histoire sociale de la pensée politique occidentale de la Renaissance aux Lumières*, *op. cit.*, p. 68-69.

[70] Cette thématique génère une énorme littérature. Voir *Jus politicum*, nº 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018 ; G. TEUBNER, *Constitutional Fragments,* Oxford, Oxford University Press 2011. Dans la perspective de la constitution matérielle, voir M. GOLDONI, « The Material Study of Global Constitutional Law: A preliminary Analysis », *SSRN* [En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192661].

[71] M. HARDT, A. NEGRI, *Empire*, trad. D-A. Canal, Paris, Exils Éditeur, 2000, p. 371 *sq.*

[72] *Ibid.*, p. 384.

[73] C. SCHMITT, *Le Nomos de la Terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, PUF, 2001 [1950].

une série d'accords plus ou moins formalisés (consensus de Washington (1989), Traité de Maastricht (1991), etc.) qui font office de « constitution globale[74] ».

La seconde objection élevée contre le concept de « constitution mixte » est qu'il serait intrinsèquement conservateur, et donc inapte à féconder quelque théorie critique de la démocratie. En effet, si l'on se réfère aux modèles historiques qui l'incarnent, comme Sparte ou Venise[75], ou aux auteurs qui en furent les sectateurs les plus zélés, tels Guichardin, Montesquieu ou Madison, la constitution mixte semble indissociable d'une conception élitiste du corps social, profondément méfiante à l'égard des impulsions populaires comme de toute conflictualité sociale. Centré sur les idéaux de « bien commun », de « juste milieu » et de « modération », le « néo-républicanisme » consensualiste (réactivé par J. Pocock, Q. Skinner ou P. Pettit), qui promeut volontiers la constitution mixte, semble ne pouvoir nous offrir aujourd'hui que « l'héritage incertain de la peur de la majorité ». C'est en ces termes que M. Goldoni et M. Wilkinson la congédient promptement, considérant du reste qu'elle « n'est pas à proprement parler une notion juridique mais un idéal[76] ».

D'autres usages du concept de constitution mixte sont pourtant possibles. L'exemple le plus éclatant n'est autre que Machiavel, chez qui le concept est rien moins que normatif ou « idéal », mais décrit le champ intrinsèquement agonistique des rapports entre le Prince, les Grands et le Peuple, soit les trois pôles de pouvoirs politique, propriétaire et social. Sans citer explicitement Polybe[77], Machiavel reprend sa théorie des six régimes, comme celles de l'anacyclose et de la constitution mixte, mais en les infléchissant radicalement : la conflictualité sociale cesse d'être considérée comme un mal, elle est au contraire louée comme la source de toute bonne constitution, et la mixité des régimes est repensée à l'aune du « mélange » des « humeurs » antagoniques du peuple et des Grands[78]. L'idée-maîtresse de Machiavel est que « dans toute République, il a deux partis : celui des Grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition[79] ». Et son originalité incontestable est de montrer que le pouvoir politique, en position de tiers entre le pouvoir social et le pouvoir propriétaire, loin d'étouffer ce conflit, doit au contraire l'accueillir, en donnant forme aux « humeurs » contestatrices et revendicatrices de la plèbe. Et de donner en exemple la République romaine qui, écrit-il dans les *Discours*, « restant mixte, fut un État parfait qui atteignit sa perfection grâce à la désunion de la plèbe et du

[74] E. Delruelle, « La citoyenneté mondiale entre éthique et politique : essai de clarification », in G. Pirotte (dir.) *Manuel d'éducation à la citoyenneté mondiale. Une perspective belge*, Bruxelles, Presses Universitaires de Louvain, 2022, p. 19-38.

[75] J-L. Fournel, « Le modèle politique vénitien. Notes sur la constitution d'un mythe », *Revue de synthèse,* n° 2-3, avril-septembre 1997, p. 207-219.

[76] « *Strictly speaking, the mixed constitution is not a legal notion but an ideal one* ». M. Goldoni, M. Wilkinson, « Introduction », *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, *op. cit.*, p. 3.

[77] M.-R. Guelfucci, « Anciens et Modernes : Machiavel et la lecture polybienne de l'histoire », *Dialogues d'histoire ancienne,* 2008/1, 34/1, p. 85-104.

[78] Sur les rapports complexes entre la constitution mixte et le modèle médical des humeurs, voir M. Gaille-Nikodimov, « À la recherche d'une définition des institutions de la liberté », *Astérion,* 1, 2003.

[79] N. Machiavel, « Discours sur la Première Décade de Tite-Live », (I, 4) in E. Barincou (dir.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, p. 390.

sénat[80] ». La constitution matérielle machiavélienne est bel et bien une constitution mixte, tendanciellement oligarchique quand le Prince reste aligné sur les intérêts des Grands, tendanciellement démocratique quand il a le cran de trahir sa classe et de prendre le parti du peuple – ce qui est, on le sait, le message délivré par Machiavel dans *Le Prince*.

V. « Corps intermédiaires » et constitution matérielle

Pour autant, je voudrais marquer un désaccord net avec une tendance lourde, ces dernières années, à tirer de la constitution mixte machiavélienne des arguments en faveur d'une conception plébéienne et même « conseilliste » de la démocratie. L'élaboration la plus ambitieuse en ce sens est celle de Camilla Vergara[81]. Sa réflexion part de la question de la « *corruption systémique* », un phénomène plus profond que les prébendes et l'enrichissement personnel, qui consiste en une oligarchisation structurelle du pouvoir politique, alimentée par un état aggravé d'inégalités socio-économiques. Dans une perspective qui se réclame de Machiavel, C. Vergara considère la masse (*the many*) et l'élite (*the few*) comme des catégories « socio-ontologiques » structurelles transcendant les contextes historiques. Et comme Machiavel encore, elle identifie les balises d'une politique « plébéienne » à un double niveau : (1) la fondation populaire d'un nouveau corps politique grâce à « l'action extraordinaire » (« révolutionnaire ») d'un Prince (un leader charismatique ou, comme l'avait interprété Gramsci, un collectif, un parti) et (2) l'entretien régulier, en complément des institutions foncièrement oligarchiques que sont les enceintes parlementaires ou les pouvoirs judiciaires, d'un réseau d'assemblées locales où la masse des gens ordinaires pourrait « se rassembler et exercer un réel pouvoir collectif direct[82] ». Puisant aussi chez Condorcet, Luxemburg et Arendt, C. Vergara propose donc la création d'une « branche plébéienne de gouvernement », une sorte de quatrième pouvoir qui institutionnaliserait le conflit entre les « few » et les « many ».

Cette approche « plébéienne-matérialiste » de la constitution mixte, alternative à l'approche « élitiste-procéduraliste » qui sous-tend aussi bien le libéralisme que le républicanisme, est incontestablement inspirante et novatrice. Toutefois, elle reste elle aussi hantée par la croyance en un sujet collectif indivisé, la « plèbe », que l'autrice qualifie significativement de « pouvoir constituant » – « pouvoir exercé, écrit-elle, à la fois pour établir un cadre constitutionnel qui libère la plèbe de la domination des Grands, et pour maintenir cette émancipation[83] ». Comme les théoriciens du « pouvoir constituant » évoqués plus haut, C. Vergara présuppose l'existence d'une subjectivité socio-ontologique unifiée capable de trouver la voie de la solidarité et de l'émancipation par le seul fait d'être assemblée au sein d'espaces d'expression ouverts à toutes et à tous. Les plébéiens se trouvant

[80] *Ibid.*, I, 2., p. 386. On ne suivra donc pas l'interprétation d'A. Negri selon laquelle Machiavel, au milieu de la rédaction des *Discours*, aurait abandonné le modèle de la constitution mixte au profit d'une vision radicalement plébéienne, « révolutionnaire » du politique. Voir A. Negri, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, *op. cit.*, p. 53-132.

[81] C. Vergara, *Systemic Corruption: Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*, Princeton, Princeton University Press, 2020.

[82] *Ibid.*, p. 137.

[83] *Ibid.*

majoritaires dans ces assemblées, ils y triompheraient mécaniquement de l'élite minoritaire, et disposeraient aussi de contre-pouvoirs efficaces face à celle-ci.

Comme Samuel Bagg lui en fait le reproche, cette vision est exagérément optimiste, pour deux raisons au moins : (1) « il n'y a aucune raison de penser qu'un système d'assemblées locales serait moins vulnérable à la manipulation et à la subornation, de la part des élites nanties, que les institutions représentatives » – d'autant que, à la différence de J. McCormick, Vergara se refuse à exclure les membres des élites possédantes desdites assemblées populaires[84] ; (2) dans nos sociétés postindustrielles, une majorité de citoyens s'identifient comme faisant partie d'une large « classe moyenne », sans réelle conscience d'appartenir à une classe productive en conflit avec la classe propriétaire, au point qu'ils peuvent souvent « attacher plus de poids à leur affiliation à une race, une origine ethnique, une religion, un sexe, une région, un mode de vie et/ou une profession ». En conséquence, poursuit S. Bagg, « si l'objectif est d'encourager une tension féconde entre la majorité et l'élite, la tâche politique la plus cruciale n'est pas de créer des institutions qui reflètent cette tension, mais d'encourager les gens eux-mêmes à reconnaître celle-ci ». La priorité, autrement dit, est de former un « parti politique plébéien qui pourrait dès lors remporter une victoire retentissante au sein du système représentatif, de sorte que des institutions plébéiennes supplémentaires seraient inutiles[85] ».

S. Bagg suggère à juste titre que la subjectivité plébéienne dont se réclame C. Vergara n'est pas une donnée transhistorique, mais une construction politique contingente. Pour que le conflit social entre travailleurs et propriétaires se structure en lutte politique, il faut un intense travail militant et organisationnel qui fasse remonter la question sociale jusqu'aux organes de l'État, et amène ces derniers à s'orienter dans un sens démocratique. La question est dès lors de savoir quels sont les agents de cette construction d'un sujet politique plébéien-démocratique. Selon l'hypothèse qu'on développera ici, ces agents ne sont pas à trouver du côté de la tradition des conseils ou des assemblées, comme le croit C. Vergara (et bien d'autres), mais du côté des corps intermédiaires – partis, syndicats, associations, collectivités locales, etc. – qui se situent entre l'État et les individus, et qui transcendent souvent le partage organique entre sphère étatique et sphère civile. Les agents réels de la constitution matérielle mixte des Modernes, ce sont les corps intermédiaires, inassignables à quelque espace institutionnel déterminé, mais répartis sur toute la surface de la société. À l'appui de cette thèse, on peut avancer deux arguments, l'un de type « historico-politique », l'autre de type « socio-ontologique ».

Sur le plan « historico-politique », on peut observer que la démocratisation de la constitution mixte des Modernes, aux XIXe et XXe siècles, est fortement corrélée à la montée en puissance des corps intermédiaires. Comme l'a montré B. Manin, les institutions du gouvernement représentatif mêlent des traits démocratiques et aristocratiques[86] ; et l'État de droit, selon M. Troper, peut à bon droit être qualifié de « forme d'aristocratie[87] ». Même le suffrage universel n'a pas réellement menacé

[84] J. McCormick, *Machiavellian Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

[85] S. Bagg, « Do we need an anti-oligarchic Constitution? », *European Journal of Political Theory*, 2022, vol. 21 (2), p. 399-411.

[86] B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 2019 [1995].

[87] M. Troper, « La démocratie comme État de droit », Séminaire automne 1999 Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique, Oct. 1999,

la captation du pouvoir politique par les notables ni son utilisation au bénéfice des classes possédantes[88]. En vérité, la constitution matérielle moderne s'est démocratisée en même temps que les corps intermédiaires (partis politiques de masses, syndicats, mutualités, coopératives, associations culturelles, éducatives, etc.) devenaient des acteurs incontournables du champ constituant mixte. En France, on le sait, cette montée en puissance des corps intermédiaires eut lieu dans les dernières décennies du XIXe siècle, avec les lois de 1864 reconnaissant le droit de grève, de 1881 sur la liberté de la presse, de 1884 sur les syndicats, de 1901 sur les associations. Dans le nord de l'Europe, à la suite du fameux congrès de Gotha en 1875, la « social-démocratie » (au sens originaire de l'action politique concertée du parti, du syndicat et de grandes associations satellites) modifiera en profondeur la constitution matérielle industrielle. Et ce sont encore les corps intermédiaires qui seront à l'origine de la plus grande conquête politique des classes productives européennes : la Sécurité sociale[89]. A contrario, c'est à leur affaiblissement structurel que s'attèlera obstinément la contre-révolution néolibérale, de Thatcher à Macron[90]. Que la démocratisation de la constitution mixte des Modernes résulte de la vitalité des corps intermédiaires, et non des expériences « conseillistes », est une réalité historique incontournable.

Sur le plan « socio-ontologique » maintenant, on peut soupçonner une complicité inavouée entre les ontologies plébéiennes ou conseillistes, volontiers présentistes et horizontales, et l'ontologie libérale centrée sur l'individu – une complicité qui expliquerait leur commune aversion à l'égard de l'État, et une même foi en la possibilité d'une société s'auto-organisant par-delà toute division et tout antagonisme[91]. Si les ontologies politiques modernes sont aveuglées par le face-à-face État/individus, c'est qu'elles ont intériorisé le schéma généalogique qui assimile la modernité au triomphe de l'individualisme sur le holisme et à la dissolution (heureuse) des liens communautaires et hiérarchiques que celui-ci légitimait. Pourtant, entre le primat de l'individu prôné par le libéralisme et le primat du tout hérité de l'imaginaire théologico-politique, il y a place pour une ontologie sociale relationnelle ou « transindividuelle[92] » qui fait du politique un processus d'incorporation, d'institution de corps individuels et de corps politiques en constante interaction – un processus multidimensionnel, irréductible à quelque instance de pouvoir, et dont les corps intermédiaires sont les vecteurs sociopolitiques.

Dans une telle ontologie, les corps intermédiaires deviennent des agents proprement constituants qui assurent une circulation continue entre le « haut » et le « bas » de la société, entre le gouvernement et l'individu, mais aussi entre l'État et la société civile. En effet, la dichotomie fondatrice de la modernité entre droit public et droit privé (normes d'organisation et normes de conduite, dans les termes

---

Montréal, Canada (halshs-03364353). M. Troper conclut ainsi son article : « la démocratie comme État de droit n'est donc pas une variété de démocratie. C'est une forme d'aristocratie. »

[88] L. CANFORA, *La démocratie. Histoire d'une idéologie*, trad. A. Colao & P. Itoli, Paris, Seuil, 2006 [2004].

[89] C. BEC, *La Sécurité sociale. Une institution de la démocratie*, Paris, Gallimard, 2014.

[90] A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

[91] Sur cette complicité entre les mouvements de type conseillistes comme *Occupy Wall Street* et l'ontologie et l'éthique libérales, voir C. MOUFFE, *Agonistique. Penser politiquement le monde*, *op. cit.*

[92] É. BALIBAR, « Philosophies du transindividuel : Spinoza, Marx, Freud », in *Spinoza politique. Le transindividuel*, Paris, PUF, 2018, p. 285-334.

de N. Bobbio[93]) a en fait été tôt brouillée par l'existence de corps sociaux « mixtes » (tels que les mécanismes mutualistes ou les conventions collectives) qui ne relèvent strictement d'aucun des deux registres, au point d'avoir généré leur propre champ politico-juridique : le droit social[94]. Si les théoriciens attitrés de la constitution matérielle mentionnent rarement la Sécurité sociale comme composant essentiel de celle-là, c'est parce que, rivés à l'idéologie du pouvoir constituant, ils passent à côté du rôle « matériel » fondamental joué par les corps intermédiaires. Sur le plan socio-ontologique, il est pourtant indispensable de les intégrer pleinement à toute théorie de la constitution matérielle.

VI. Trois chantiers en vue d'une théorie de la « constitution mixte des Modernes »

Dès lors qu'on admet que la constitution matérielle doit être envisagée comme constitution mixte, et qu'il faut substituer au concept de pouvoir constituant ceux de champ constituant et de corps intermédiaires, un triple chantier de recherches s'ouvre en vue d'élaborer une théorie complète de « la constitution mixte des Modernes[95] ».

A. Une archéologie philosophique des « corps intermédiaires »

Le premier de ces chantiers consiste à faire l'archéologie philosophique des corps intermédiaires. Il existe un fort contraste épistémique entre les sciences sociales et historiques[96], qui utilisent volontiers la notion de corps intermédiaires (quoique dans des acceptions hétérogènes), et la philosophie et la théorie politiques, où elle fait l'objet d'un puissant refoulement. Que j'aie mis l'accent, plus haut, sur le rôle résolument *démocratique* des corps intermédiaires aux XIXe et XXe siècles, voilà qui a pu étonner quand on sait, d'une part, qu'ils renvoient d'abord dans notre

---

93 N. Bobbio, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, trad. D. Soldini, Paris, Dalloz, 2012.

94 Si l'histoire du droit social est amplement couverte par la littérature, l'histoire de la *théorie* du droit social reste à faire, en réinvestissant notamment ce qu'on a appelé le « socialisme juridique » de Maxime Leroy, Emmanuel Lévy ou Georges Gurvitch en France, et de Gustav Radbruch ou Hugo Sinzheimer en Allemagne. Voir C.-M. Herrera, *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003 ; *Id.*, « Droits sociaux et politique chez Georges Gurvitch », *Droit et société*, 2016/3, nº 94, p. 513-524 ; F. Bruschi, A. Loute, « La méthode idéal-réaliste de Georges Gurvitch : une intervention intellectuelle qui vise à instituer les droits sociaux », *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, nº 152, 2011. On relira aussi dans cette perspective la pensée de Hermann Heller (voir notamment N. Le Bouëdec, « De l'État de droit libéral à l'État de droit social : critique et transformation de l'État de droit chez Hermann Heller », *Jus Politicum*, nº 23 ; C. Jouin, « "Donner une forme sociale à l'État" : Heller et Gierke », *Jus Politicum*, nº 23).

95 Ce programme de recherches ne fera pas l'économie d'une étude historique approfondie de la notion même de constitution, qui a déjà été bien balisée par O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Jus Politicum*, nº 3, déc. 2009.

96 A. Chatriot, C. Lemercier, « Les corps intermédiaires », in V. Duclert, C. Prochasson (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2007, p. 691-698. Il faudrait aussi montrer comment la notion accompagne le développement de la sociologie (chez Durkheim par exemple) et de l'institutionnalisme juridique (Santi Romano, Hauriou, Duguit).

imaginaire aux structures sociales de l'Ancien Régime[97], précisément combattues par la politique révolutionnaire comme faisant écran au face-à-face entre intérêt individuel et intérêt général[98] ; et d'autre part, qu'ils ne désignent pas seulement les syndicats, partis, mutuelles ou associations issues du mouvement ouvrier, mais aussi les congrégations religieuses, les corporations socioprofessionnelles ou les grands corps d'État (l'armée au premier chef) qui, eux, nourriront les visions les plus conservatrices de la société – jusqu'aux fascismes du XXe siècle[99].

Est-il possible et souhaitable de dénouer cet écheveau sémantique et politique ? Il est sans doute plus pertinent de voir dans la notion de « corps intermédiaires » une sorte d'« embrayeur » idéologique qui, au long de la modernité, permit de contester la matrice « État/individus », et le mythe de la souveraineté qui la commande, depuis des points de vue idéologiques parfois opposés : contestation de l'État absolutiste par les monarchomaques huguenots mais aussi, plus tard, par le parti nobiliaire catholique ; contestation, après la Révolution, de l'État bourgeois tant par le mouvement ouvrier que par les courants réactionnaires. Que la philosophie et la théorie politiques se soient efforcées de refouler cet « embrayeur » est manifeste, et compréhensible : l'exigence de penser la souveraineté du corps politique, et donc sa représentation *unitaire* dans la sphère de l'État, est difficilement conciliable avec l'hétérogénéité des instances sociales et la pluralité de leurs intérêts et revendications. Il apparaît ainsi que les traditions philosophiques d'inspiration tant libérale que républicaine ou même marxiste partagent en fait une même « culture de la généralité[100] » tendue entre les deux pôles de l'individu et de l'État. Il existe certes des exceptions, parfois considérables, à ce tableau reconstructif : Althusius[101], Harrington, Hume, Montesquieu, notamment. Chez Hegel, le thème des corps intermédiaires a trouvé l'une des théorisations les plus abouties : « racine éthique de l'État » (à côté de la famille), les corporations (*die Korporationen*) permettent d'articuler dialectiquement la constitution politique de la société (*Verfassung*) avec la constitution formelle (*Konstitution*)[102]. Il est toutefois indéniable que la pensée politique moderne reste ordonnée à l'idée de souveraineté populaire, qui s'adosse elle-même à celle de pouvoir constituant, rendant difficile, voire impossible, l'expression politique de la pluralité des corps sociaux.

C'est pourquoi je propose d'adopter une méthode « archéologique » (au sens de Foucault) pour scruter la manière dont l'idée de corps intermédiaires traverse

---

97 L. Coste, « Des corps intermédiaires sous l'Ancien Régime : revendication ou réalité ? », in *Histoire, économie et société,* 2016/1.

98 Je songe évidemment aux lois d'Allarde et Le Chapelier (1791) : « Il n'y a plus de corporation dans l'État ; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation. »

99 J. Rowell, A.-M. Saint-Gille (dir.) *La Société civile organisée aux XIXe et XXe siècles : perspectives allemandes et françaises*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2010 ; C. Bouneau (dir.), « Les corps intermédiaires en France : concept(s), généalogie et échelles », *Histoire, économie et société,* 2016/1.

100 P. Rosanvallon, « Les corps intermédiaires dans la démocratie », *Rapport annuel du Collège de France*, site du Collège de France 2001-2002, p. 1.

101 G. Duso, « La costituzione mista e il principio del governo: il caso Althusius », art. cité.

102 G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. R. Derathé, Paris, Vrin, 1986 [1821]. Voir P. Cesaroni, « Hegel: Habit, Custom, and Government », *Conceptos Históricos,* Año 6, nº 9, p. 86-109.

souterrainement la philosophie politique moderne, y compris chez les penseurs qui la critiquent frontalement, tels Bodin, Hobbes, Locke ou Rousseau, mais chez qui elle ressurgit comme un « retour du refoulé ». Si certains auteurs, on l'a vu, n'ont pas éludé les corps intermédiaires (Montesquieu et Hegel en tête[103]), il serait illusoire d'essayer de reconstituer quelque paradigme de pensée cohérent qui, à rebours de la pensée dominante, en aurait pleinement reconnu le statut politique. C'est pourquoi la stratégie la plus adéquate visera plutôt à saisir comment les corps intermédiaires hantent, travaillent de l'intérieur la philosophie politique moderne ; à comprendre aussi de quelle forclusion ils font l'objet, et qui tient certainement au fait qu'ils ne sont pas seulement apparus comme des reliquats du monde féodal et de l'univers théologico-politique, mais aussi comme des instruments potentiels de résistance et d'émancipation dans les mains des groupes sociaux subalternes. Ce n'est pas pour autant qu'il faut idéaliser les corps intermédiaires, sujets à la « loi d'airain de l'oligarchie[104] » et instruments d'intérêts hétérogènes, tantôt progressistes, tantôt conservateurs. Il convient donc de s'orienter vers une définition plastique des corps intermédiaires, qui ne les fige ni dans une forme (association, parti, syndicat, corps d'État, etc.) ni dans une modalité d'expression (médiation, représentation, concertation, etc.), mais qui saisit leur rôle *politique* au sein d'un champ constituant conflictuel et dynamique.

B. Démocratie, oligarchie et « constitution mixte »

Le deuxième chantier consiste à repenser à nouveaux frais la notion de démocratie, et en particulier la tension entre « démocratie formelle » et « démocratie réelle ». Cette tension a pris une forme canonique à travers l'opposition entre la vision libérale de la démocratie comme *État de droit* et la vision républicaine comme *souveraineté populaire*. Selon la métaphore de la démocratie comme jeu (qu'on retrouve notamment chez H. Kelsen[105] et N. Bobbio[106]), les institutions de l'État de droit répondraient à la question « quelles sont les règles du jeu ? », « comment joue-t-on ? » (c'est-à-dire : *comment* gouverne-t-on ?), tandis que les institutions de la souveraineté populaire répondraient à la question : « qui sont les protagonistes du jeu ? », « qui est autorisé à jouer ? » (c'est-à-dire : *qui* gouverne ?). Or, une analyse en termes de constitution matérielle soulève une troisième question, qui est en vérité préalable, conditionnante : « à quel jeu joue-t-on ? », « quel est le but du jeu ? » (c'est-à-dire : « *pourquoi* gouverne-t-on ? »). Ce qu'on appelle communément un « pacte social » définit en réalité le « jeu de société » auquel s'adonne une communauté politique, c'est-à-dire la fin, le *telos* politique qu'elle s'assigne. C'est pourquoi la constitution matérielle, comme nous l'avons vu, relève à la fois des rapports de force *de fait* au sein de la société, et de *l'idéal* qui oriente sa dynamique historique. Ontologiquement, il faut donc sortir d'une conception (libérale, derechef) qui réduit la *matérialité* constitutionnelle à l'un des pôles de la dichotomie (le « contenu » par opposition à la « forme »), alors qu'elle renvoie à une structure plus fondamentale, celle du « *temps long de l'histoire* » et de « *la structure globale de la société*[107] », où se cristallisent à la fois

[103] B. Binoche, « Ni Hegel ni Montesquieu ? », *Kairos* nº 14, 1999, p. 9-27.

[104] R. Michels, *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, trad. S. Jankélévitch, Paris, Flammarion, 1971 [1914].

[105] H. Kelsen, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, *op. cit.*

[106] N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardi et J-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007 [1984].

[107] C. Jouin, « Préface », *La constitution matérielle de l'Europe*, *op. cit.*, p. 9.

les rapports agonistiques qui traversent la société et le *telos* éthico-politique qui permet de les dépasser temporairement.

De la sorte, une voie s'ouvre pour penser la démocratie autrement qu'à travers le prisme de la « souveraineté du peuple », même dans sa version procédurale. En renonçant à la fiction du « pouvoir constituant » et aux concepts qui lui sont associés (« peuple », « nation », « multitude »), et qu'on retrouve tant dans le libéralisme que le républicanisme ou le marxisme, on s'offre la possibilité de concevoir la démocratie comme la configuration constitutionnelle où le *demos*, entendu comme groupe spécifique du corps social (celui des producteurs subalternes), se trouve en capacité – toujours relative – de lutter pour son émancipation et de faire valoir ses intérêts au sein du champ constituant.

Sur cette base, on peut procéder à deux reformulations sémantiques. Plutôt que « démocratie », il est préférable de qualifier le type de sociétés dans lequel nous vivons en Occident de « constitution mixte », c'est-à-dire, comme le précise Luciano Canfora dans un ouvrage stimulant, « un régime qui permet au peuple de s'exprimer, mais où seul l'avis des classes possédantes compte », et qui favorise la plupart du temps « la victoire d'une oligarchie dynamique dont le pouvoir se fonde sur les grandes fortunes, mais qui est capable de fabriquer le consensus et de gagner une légitimité électorale en contrôlant les mécanismes électoraux[108] ». Par contre, on réservera le terme « démocratie » aux régimes qui assoient « la prépondérance (temporaire) des non-possédants au cours de la lutte inexorable pour la conquête de l'égalité – une notion dont la signification s'est quant à elle dilatée au cours des siècles pour s'enrichir au fur et à mesure de nouveaux "droits" toujours plus contestés[109] ». Cette définition de la démocratie est plus réaliste, mais elle est aussi potentiellement plus large, car l'enjeu fondamental qu'elle permet de cerner, comme le souligne N. Bobbio, n'est pas le passage de la démocratie indirecte à la démocratie directe, mais le passage de la « démocratie politique » à la « démocratie sociale », autrement dit l'extension du jeu démocratique à d'autres sphères que la sphère proprement politique[110].

Telle est donc « la constitution mixte des Modernes » : « l'unité conflictuelle[111] » des classes et des groupes autour des trois pôles de pouvoir politique, propriétaire et social, et dont la dynamique peut être tendanciellement *démocratique* quand les subalternes pèsent sur l'appareil d'État au point d'être en capacité politique de lutter pour leur émancipation, ou tendanciellement *oligarchique* quand l'appareil d'État, aligné sur les intérêts de la classe propriétaire, neutralise avec succès les pressions politiques subalternes. À la typologie libérale dominante, centrée sur l'opposition « État de droit » *versus* « régimes autoritaires », on substituera donc l'opposition « démocratie » *versus* « oligarchie », dans une veine machiavélienne particulièrement féconde aujourd'hui, on l'a vu[112]. Si le paradigme proposé ici emprunte au marxisme une grille de lecture en termes de lutte des classes, il s'en distingue cependant par le fait qu'il assume être résolument « postrévolutionnaire » au sens où, toute

---

[108] L. Canfora, *La démocratie. Histoire d'une idéologie*, *op. cit.*, p. 415.

[109] *Ibid.*, p. 416.

[110] N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 134 *sq.*

[111] C. Lefort, *Essais sur le politique. XIXe-XXe siècles*, *op. cit.*, p. 189.

[112] Outre les travaux de Camilla Vergara, discutés plus haut, voir J. Fischkin, W. E. Forbach, *The Anti-Oligarchy Constitution. Reconstructing the Economic Foundations of American Democracy*, Harvard, Harvard University Press, 2022.

constitution matérielle étant mixte, irréductiblement lestée de rapports de domination, il invite à faire son deuil de tout horizon de résolution finale des conflits sociaux[113].

C. La constitution matérielle comme condition substantielle du *Jus Politicum*

Le troisième chantier relève plus spécifiquement de la théorie et de la philosophie du droit, et concerne la constitution matérielle comme *mode de reconnaissance des institutions productrices de normes.* Carlos-Miguel Pimentel a très bien montré que le droit, contrairement à ce que soutiennent les juspositivistes, ne peut se définir comme un simple ensemble de commandements assortis de sanctions. En effet, la condition préalable à tout phénomène d'obéissance est que lesdits commandements soient *reconnus* comme des règles de droit par ceux qu'ils régissent. Il demeure une différence essentielle entre le fait *d'obéir* à une norme et le fait de la *reconnaître* comme telle : le fraudeur désobéit à une norme dont il reconnaît pourtant le caractère juridique, tandis qu'à l'inverse, un citoyen peut fort bien obéir aux normes édictées par un gouvernement dont il ne reconnaît pourtant pas la légitimité. En réalité, seul le rebelle manifeste son désaveu par la désobéissance[114]. Or, comme l'écrit C.-M. Pimentel, « négligeables à l'échelle de l'individu, ces phénomènes de désaveu revêtent la plus haute importance au niveau politique : car ce qui est en jeu est alors la reconnaissance de la majorité par la minorité, c'est-à-dire l'existence même d'une communauté politique[115] » – qui menace effectivement de s'effondrer quand le désaveu devient massif.

D'illustres juspositivistes comme H. Kelsen et H. L. A. Hart ont eux-mêmes fait de la reconnaissance une pièce essentielle de leurs systèmes théoriques, sous la forme de la « norme fondamentale » chez le premier, et de la « règle de reconnaissance » chez le second. Mais leur erreur est de l'avoir conçue comme un acte psychologique *individuel* par lequel chaque sujet de droit reconnaît comme juridiquement valides les normes qu'il reçoit de l'État. Or répétons-le, ce qui est décisif, et qui fait proprement le droit, c'est la reconnaissance *collective*, politique, c'est la façon dont la norme « est admise ou récusée, comprise, discutée, décrite par les organes politiques et les sujets de l'État[116] ». En d'autres termes, ce que les positivistes appellent *effectivité* n'est pas une simple question de fait, car à l'échelle

---

[113] O. BASHKINA, « Constituent Power(s) in a Dualistic Democracy », *Symposium on Constituent power,* 41/2020.

[114] La distinction entre obéissance et reconnaissance permet aussi d'affronter le « cap des tempêtes » (N. Bobbio) de toute théorie juspositiviste du droit : la différence entre un État et une mafia. Car une mafia peut imposer tout un ensemble de commandements assortis de sanctions, ceux-ci ne seront toutefois jamais *reconnus* comme des règles de droit par ceux qui s'y plieront. D'ailleurs, une mafia ne peut prospérer que comme *parasite* de l'État. Elle s'en distingue du fait même qu'elle en dépend. Je ne peux donc, sur ce point, suivre la thèse défendue avec brio par mon maître Lucien François (L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2004). Bien sûr, il existe toutes sortes de configurations sociopolitiques intermédiaires entre la mafia et l'État, dont le monde contemporain offre quantité d'exemples. Mais les processus de déliquescence de l'État s'accompagnent toujours de formes de désaveu collectif, ce qui prouve *a contrario* le caractère conditionnant, transcendantal de la reconnaissance.

[115] C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum,* nº 1, 2008, p. 3.

[116] *Ibid.*

collective, le droit n'accède à l'effectivité que s'il est doté d'une *légitimité* suffisante aux yeux de la communauté tout entière[117].

C'est pourquoi, du reste, en suivant à nouveau C.-M. Pimentel, on distinguera deux niveaux de reconnaissance d'un ordre juridique : d'une part, une reconnaissance « *formelle* » par laquelle, par exemple, un juge *atteste* de la valeur juridique d'un contrat ou une Cour constitutionnelle de celle d'une loi ; d'autre part, une reconnaissance « *substantielle* », processus éminemment politique impliquant l'ensemble des citoyens-sujets[118]. Or, la constitution matérielle, telle qu'on l'entend ici, est précisément la base rendant effective cette reconnaissance substantielle – qui se décline elle-même comme reconnaissance « verticale » des organes de l'État par les gouvernés, et comme reconnaissance « horizontale » des différents groupes sociaux entre eux.

Une constitution matérielle est tendanciellement *démocratique* quand il y a reconnaissance de la validité du conflit politique, autrement dit quand les institutions trouvent leur légitimité dans leur capacité à mettre en forme l'antagonisme entre groupes sociaux sous la forme d'une compétition réglée entre majorité et minorité : « l'aménagement d'une scène politique sur laquelle se produit cette compétition, écrit C. Lefort, fait apparaître la division, d'une manière générale, comme constitutive de l'unité même de la société. Ou, en d'autres termes, la légitimation du conflit purement politique contient le principe d'une légitimité du conflit social sous toutes ses formes[119]. » Le normativisme kelsénien, cible privilégiée des théoriciens de la « constitution matérielle », retrouve peut-être ici une certaine pertinence, à condition de *politiser* radicalement la « norme fondamentale ». Dans ses écrits politiques, H. Kelsen a remarquablement saisi la démocratie parlementaire comme *co-construction*, par la majorité et la minorité, d'une volonté politique qui est donc toujours un compromis instable[120]. Toutefois, son tort est de faire de cette co-construction contingente le simple « contenu » de l'ordre juridique formel, alors qu'elle en est la *condition de possibilité* même[121]. La « norme fondamentale » de tout ordre juridique, c'est sa constitution matérielle : ce qui valide juridiquement cet ordre normatif n'est pas une opération logique formelle, mais sa reconnaissance par les groupes sociaux antagonistes. C'est pourquoi il est impossible, au niveau constitutionnel matériel, de séparer le *fait* et le *droit*, ce qui est et ce qui doit être : « il dépend de la reconnaissance, écrit C.-

---

[117] En réintroduisant la notion de légitimité, on ne cède rien au jusnaturalisme, qui considère qu'il est dans la nature même du droit de poursuivre certains objectifs moraux (ainsi, pour le jusnaturalisme moderne : préserver les droits naturels et imprescriptibles de l'homme). Or, il ne s'agit nullement ici de soutenir que le droit est intrinsèquement moral, mais qu'il repose sur un processus politique de reconnaissance sans lequel les règles édictées par quelque prétendant législateur ne sont que de simples énoncés à l'impératif, sans portée collective.

[118] C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu en droit politique : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 4-6.

[119] C. LEFORT, *Essais sur le politique. XIXe-XXe siècles*, *op. cit.*, p. 28.

[120] H. KELSEN, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, *op. cit.*

[121] Une thèse assez proche est défendue par E. LEFORT, *Positivisme juridique, relativisme axiologique et démocratie : humanisme et unité dans la pensée de Hans Kelsen*, thèse de doctorat, dirigée par M. Maesschalck et L. Sosoe, Université de Luxembourg et Université Catholique de Louvain, 2015.

M. Pimentel, de faire exister les faits dans le monde du droit, de les faire advenir à l'existence collective[122]. »

Conclusion : la crise de légitimité de la « constitution mixte »

Nous pouvons ainsi, en guise de conclusion, pointer le phénomène juridico-politique majeur qui se pose aujourd'hui à nos sociétés : la profonde *crise de légitimité* de la constitution mixte. Les mouvements quasi insurrectionnels qui se multiplient dans de nombreux pays, notamment en France (successivement secouée par les Gilets jaunes en 2018, le mouvement d'opposition à la réforme des retraites en 2022, les émeutes de banlieues en 2023) sont à l'évidence autant de mouvements de *désaveu* collectif – désaveu de l'exécutif en place, mais aussi, plus profondément, de l'ensemble des institutions productrices de normes (Parlement, Justice, École, etc.). Il est indéniable que ces phénomènes de désaveu, qui peuvent également prendre la forme de l'abstention électorale ou de certaines formes d'illégalismes, menacent aujourd'hui profondément la constitution mixte.

Pour expliquer ce déficit de reconnaissance, il faut certainement remonter au « moment constituant » des années 1980, quand la constitution matérielle de l'État social de « 45 » a été supplantée par une constitution matérielle « ordo-néolibérale ». Une constitution mixte tendanciellement *démocratique* (au sens où elle permettait aux groupes subalternes – certes essentiellement occidentaux et masculins – de lutter pour leur émancipation) a subi les effets d'une véritable « contre-révolution » *oligarchique* dont l'instrument juridico-politique, on l'a dit, fut la « constitution économique » (entraînant la privatisation et la dérégulation structurelles de l'économie) : « En réalité, écrit G. Preterossi, avec cette utilisation polémique de la constitution économique néo- (ou ordo-) libérale contre la "vieille" constitution de l'État de masses, l'objectif poursuivi était de neutraliser la pression que ces masses elles-mêmes exerçaient sur l'État au nom des principes de redistribution et de solidarité[123]. »

Certes, la constitution matérielle néolibérale put se maintenir durant plus de trois décennies car elle réussit à gagner une légitimité suffisante auprès d'une partie au moins de ces « masses », en concluant d'abord dans les décennies 1990-2000 un compromis avec la social-démocratie (théorisé sous la forme de la « Third Way »), et en imposant aussi son propre telos éthico-politique, combinaison de méritocratie ultra-individualiste et d'égalité des chances, de cosmopolitisme et de promesse d'abondance matérielle et technologique[124]. Mais depuis les années 2010, la constitution néolibérale est elle-même entrée dans une profonde crise qui est en fait double, à la fois crise de la *dette* (qui révèle la contradiction *économique* mortifère du capitalisme, entre compression des salaires et besoin d'une demande solvable pour la consommation) et crise de *l'anthropocène* (qui révèle une seconde contradiction mortifère du capitalisme, *écologique* cette fois : la destruction de ses propres conditions environnementales de possibilité).

Face à cette crise, on peut craindre que le pouvoir propriétaire n'opte pour une fuite en avant autoritaire et sécuritaire, au risque de déstabiliser les équilibres sur

---

122 C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu en droit politique : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », art. cité, p. 12.

123 G. Preterossi, « Che cosa resta della costituzione materiale », art. cité, p. 103.

124 E. Delruelle, « La contre-révolution néolibérale », *Philosophie de l'État social. Civilité et dissensus au XXIe siècle*, *op. cit.*, p. 97-138.

lesquels repose la constitution mixte. L'hostilité du Président Macron à l'égard des corps intermédiaires est de ce point de vue révélatrice[125] – une hostilité qu'il partage avec les mouvements populistes, qui revendiquent eux aussi un lien direct, désintermédié avec « le peuple ». Mais la possibilité même de conclure un « pacte social » équilibré entre groupes sociaux antagonistes ne disparaît-elle pas, dès lors que les corps intermédiaires ne sont plus en capacité de jouer leur rôle de relais des groupes subalternes ? Au lieu d'une « unité conflictuelle » des classes et des groupes, on assiste, « en haut » de la pyramide sociale, à « un raidissement de l'establishment néolibéral dans une logique du bunker, qui conduit le pouvoir à une forme d'irrationalisme élitiste[126] », et « en bas », à des mobilisations spontanées dénuées d'organisation et de hiérarchisation, qui contournent les syndicats sans parvenir à cristalliser leurs revendications dans quelque projet politique cohérent.

Le pouvoir étatique, de plus en plus exclusivement aligné sur les intérêts de la classe propriétaire, est désormais incapable de jouer la fonction de « tiers », de médiateur entre forces sociales antagoniques, qui est pourtant la base de sa légitimité au sein d'une constitution mixte. Comme l'a exposé Pierre Rosanvallon à l'occasion de la réforme des retraites, Macron et le gouvernement peuvent invoquer la « légalité procédurale » issue de l'élection, mais certainement pas la « légitimité sociale » qui « désigne non pas un statut ou une procédure, mais ce qui est perçu comme juste et conforme à l'intérêt général » par l'ensemble des citoyens[127].

Lorsque la reconnaissance substantielle fait radicalement défaut à la constitution mixte, il n'y a que deux issues : soit la paralysie du système, avec comme conséquence la neutralisation de toute conflictualité proprement politique, soit la contraction du pouvoir étatique autour du seul pôle « monarchique » (l'exécutif) – un phénomène que le terme « césarisme » exprime mieux, selon moi, que celui de « populisme ». En suivant Gramsci, on peut définir le césarisme comme l'irruption, face à un « équilibre catastrophique » entre les forces en lutte, d'un troisième terme qui décide autoritairement de la situation. Le leader césariste est donc celui qui occupe l'*interregnum* entre deux régimes constitutionnels[128]. Cela ne signifie pas qu'il ait pour autant la capacité, ni même la volonté, de rétablir une constitution, démocratique ou oligarchique, car son pouvoir est miné par une contradiction insurmontable : il prétend incarner l'ordre, l'unité, l'identité de la

---

125 Interrogé en 2016 sur les blocages qui empêchent la société française d'avancer, Macron répondit que ces blocages « viennent des corporatismes, des corps intermédiaires et du système politique ». « Nous sommes revenus avant la loi Le Chapelier », déplora-t-il dans la foulée (Entretien au magazine *Le 1*, nº 121, 13 sept. 2016).

126 G. Preterossi, « Che cosa resta della costituzione materiale », art. cité, p. 95.

127 P. Rosanvallon, « Le débat sur la réforme des retraites est le signe d'un ébranlement de notre démocratie », *Le Monde*, 24 février 2023. Alain Supiot distingue quant à lui « démocratie *politique* » et « démocratie *sociale* », et compare la première au capitaine qui tient le gouvernail, et la seconde au vigile « qui évite au capitaine d'un navire de prendre les cartes marines pour les réalités de la mer » (A. Supiot, « Un gouvernement avisé doit se garder de mépriser la démocratie sociale », *Le Monde*, 16 mars 2023). Sur les enjeux constitutionnels (formels et matériels) de la réforme des retraites, voir *Jus Politicum*, nº 30, juillet 2023.

128 A. Gramsci, *Cahiers de prison*, trad. H. Albani, C. Depuyper, G. Saro, Paris, Gallimard, 1978-1996 (C13, § 27), p. 415. Nous suivons le commentaire de Y. Douet, *L'Histoire et la question de la modernité chez Antonio Gramsci*, Paris, Classiques Garnier, p. 278. Le césarisme est intimement lié chez Gramsci à ce qu'il appelle la « crise organique », dont la définition est célèbre : « l'ancien est en train de mourir alors que le nouveau n'arrive toujours pas à naître : dans cet *interregnum* se manifestent toute une série de symptômes morbides. » (A. Gramsci, *Cahiers de prison, op.cit.*, III, § 34, p. 283.)

« nation », mais se présente aussi comme le premier opposant au « système » (censément corrompu) de l'État de droit et du gouvernement représentatif qui est le garant de cet ordre. C'est pourquoi les Trump, Orban ou Bolsonaro, loin de mettre un terme à l'état de crise constitutionnelle, travaillent plutôt à le prolonger indéfiniment. Le césarisme se veut la solution à la crise, mais il en est l'agent d'entretien[129].

S'il est vrai que le césarisme surgit en situation d'*interregnum* entre deux régimes constitutionnels, la tâche présente du droit politique est de réfléchir à la manière d'abréger cet *interregnum* en vue de mettre en place une nouvelle constitution matérielle – la plus démocratique possible. Il y a un scénario plus pessimiste : c'est que le césarisme devienne la forme constitutionnelle même par laquelle le pouvoir propriétaire décide de préserver coûte que coûte sa suprématie, en installant s'il le faut des modes de gouvernementalité sécuritaires militarisés[130]. La constitution mixte des Modernes y survivrait-elle ? La seule réponse que cet article suggère, c'est que l'instabilité matérielle qui la caractérise l'expose certes à son irréductible finitude historique, mais témoigne aussi de sa plasticité et donc de sa capacité de résistance et de régénération.

Édouard Delruelle

Professeur de philosophie politique à l'Université de liège.
MAP – Matérialités de la Politique.

[129] On trouvera ainsi un angle d'attaque contre la doctrine de Carl Schmitt, qui fait du dictateur, on le sait, le « gardien de la constitution », au motif qu'il est celui qui « décide de l'exception ». Mais le dictateur est-il réellement celui qui permet à la communauté de sortir de l'état d'exception ? N'est-il pas plutôt condamné, pour conserver son pouvoir, à plonger indéfiniment la communauté dans cet état de « crise organique » ?

[130] B. E. Harcourt, *The Counterrevolution. How our government went to war against its own citizens*, New York, Basic Books, 2018.

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 *(en ligne)*